Der Widerruf der Baubewilligung nach bernischem Recht

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von Peter Paul Schorer, Wangen a/A.

Direktoffsetdruck Gebr. Niedermann St.Gallen
November 1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548103_0010

Der Widerruf der Baubewilligung nach bernischem Recht

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

eingereicht bei Herrn Prof. Dr. A. Zaugg, Bern

vorgelegt von Peter Paul Schorer, Wangen a/A.

Direktoffsetdruck Gebr. Niedermann St.Gallen
November 1976

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. November 1976 auf Antrag von Prof. Dr. A. Zaugg als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Bibliographie	VI
Rechtsquellen	XIV
Periodika	XVII
Abkürzungen	XVIII
Erster Teil: Allgemeines zum Verwaltungsakt und seinem Widerruf	1
1. Der Verwaltungsakt	1
1.1. Wesen des Verwaltungsaktes	1
1.1.1. Abgrenzung zum Urteil	1
1.1.2. Abgrenzung zum Vertrag	2
1.1.3. Abgrenzung zum Rechtssatz	4
1.1.4. Zweckbedingtheit des Verwaltungsaktes	6
1.1.5. Definition des Verwaltungsaktes	6
1.2. Rechtsnatur des Raumnutzungsplanes	7
1.2.1. Ueberblick über die Lehrmeinungen in der Schweiz	8
1.2.2. Problemstellung im Rahmen dieser Arbeit	9
1.2.3. Grundsätzliches	10
1.2.4. Der Zonenplan	11
1.2.5. Der Gestaltungsplan	14
1.2.5.1. Untersuchung nach formellen Gesichtspunkten	14
1.2.5.2. Untersuchung nach materiellen Gesichtspunkten	16
1.3. Rechtskraft und Unwiderruflichkeit beim Verwaltungsakt	19
1.3.1. Formelle Rechtskraft des Urteils	19
1.3.2. Materielle Rechtskraft des Urteils	19
1.3.3. Die Rechtskraft des Verwaltungsaktes	20
1.3.4. Materielle Rechtskraft und Unwiderruflichkeit	21

1.4. Die Polizeierlaubnis 24

1.4.1. Wesen der Polizeierlaubnis 27

1.4.2. Abgrenzung zur Konzession 28

2. Der Widerruf von Verwaltungsakten 30

2.1. Rechtsnatur des Widerrufs 30

2.2. Widerruf und Legalitätsprinzip 32

2.3. Praxis des Bundesgerichts 33

Zweiter Teil: Widerruf der Baubewilligung 38

3. Die Baubewilligung 38

3.1. Rechtsnatur 38

3.2. Rechtswirkung 39

3.3. Arten der Baubewilligung 40

3.3.1. Ordentliche Baubewilligung 40

3.3.2. Kleine Baubewilligung 42

3.3.3. Generelle Baubewilligung 44

3.3.4. Ausnahmebewilligung 45

3.3.4.1. Grenzen der Bewilligungsfreiheit 47

3.3.4.2. Einfluss der Eigentumsfreiheit auf die Ausnahmebewilligung 49

4. Grundsätzliches zum Widerruf der Baubewilligung 50

5. Widerruf gemäss Baubewilligungsdekret vom 9. Februar 1966 52

6. Widerruf gemäss Baugesetz vom 7. Juni 1970 54

6.1. Widerruf der ordentlichen Baubewilligung vor Baubeginn 55

6.1.1. Voraussetzungen 55

6.1.1.1. Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften 56

6.1.1.1.1. Widerspruch zu verfahrensrechtlichen Vorschriften 58

6.1.1.1.2. Unwiderrufbarkeit der nachträglich rechtswidrigen Baubewilligung 63

6.1.1.1.3. Widerruf und baupolizeiliche Massnahmen 65

6.1.1.2. Erfordernis des öffentlichen Interesses 69

6.1.1.2.1. Begriff des öffentlichen Interesses 70

6.1.1.2.2. Begriff des öffentlichen Interesses in Art. 58 BauG als öffentliches Interesse im engern Sinn 72

6.1.1.2.3. Ausfüllung des Begriffs des öffentlichen Interesses im engern Sinn intra legem specialem 73

6.1.1.2.4. Das öffentliche Interesse in Relation zum Einzelfall 74

6.1.2. Die Interessenabwägung 75

6.1.2.1. Das entgegenstehende Rechtssicherheitsinteresse 77

6.1.2.2. Einfluss des Vertrauensprinzips 79

6.1.3. Rechtsfolgen der Interessenabwägung 82

6.1.3.1. Widerruf und Verhältnismässigkeit 83

6.1.3.1.1. Nachträgliche Ausnahmebewilligung statt Widerruf 84

6.1.3.2. Widerruf und Rechtsgleichheit 85

6.1.3.2.1. Parallelen zwischen Widerruf und Ausnahmebewilligung 85

6.1.3.3. Schutz der Nachbarinteressen 88

6.1.3.4. Widerruf zugunsten des Adressaten 89

6.2. Widerruf der Baubewilligung nach Baubeginn 90

6.2.1. Widerruf nach Art. 58 Abs. 2 BauG 91

6.2.1.1. Kriterium des Baubeginns 92

6.2.1.1.1. Baubeginn und guter Glaube 95

6.2.1.2. Rechtswirkung des Baubeginns auf den Widerruf 95

6.2.1.2.1. Widerruf wegen Irreführung der Behörde 95

6.2.1.3. Widerruf als Gebot zwingender öffentlicher Interessen 97

6.2.1.3.1. Einfluss des Vertrauensschutzes 98

6.2.1.3.2. Einfluss des Eigentumsschutzes 99

6.2.1.3.3. Einfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips 99

6.2.1.4. Zwingende öffentliche Interessen 100
6.2.1.5. Das Widerrufsgebot 101
6.2.1.6. Befugnis und Zwang zum Widerruf 102

6.3. Widerruf spezieller Arten der Baubewilligung 104

6.3.1. Widerruf nach "provisorischer Baubewilligung" 104

6.3.2. Widerruf der generellen Baubewilligung 105

6.3.3. Widerruf der Ausnahmebewilligung 106

6.3.3.1. Ausnahmebewilligung mit Nebenbestimmungen 107

6.3.4. Widerruf der kleinen Baubewilligung 108

7. Formellrechtliches zum Widerruf 111

7.1. Materielle Rechtskraft der Baubewilligung 111

7.1.1. Rechtskraft des regierungsrätlichen Beschwerdeentscheides 111

7.1.2. Der materiell rechtskräftige Verwaltungsjustizentscheid 113

7.1.3. Die Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeentscheides 115

7.2. Das Widerrufsverfahren 117

7.2.1. Neues Recht, Wiedererwägung und Aufsichtsbeschwerde 117

7.2.1.1. Neues Recht 117
7.2.1.2. Wiedererwägungsgesuch 119
7.2.1.3. Aufsichtsbeschwerde 121

7.2.2. Aktivlegitimation zum Wiedererwägungsgesuch 122

7.2.3. Behördliche Zuständigkeit zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuches 123

7.2.4. Eintretensbefugnis und Eintretenspflicht 123

7.2.5. Weiterziehung des Wiedererwägungsentscheides 125

7.2.6. Zuständigkeit zum Widerruf 126

7.2.7. Vorsorgliche Massnahmen bei der Wiedererwägung 127

7.3. Vollstreckbarkeit 128

8. Entschädigung 130

8.1. Entschädigungsvorschrift von Art. 58 BauG 130

8.1.1. Verweis auf die Vorschriften über die materielle Enteignung 130

8.1.2. Grundsätze der materiellen Enteignung 131

8.2. Entschädigungsgründe beim Widerruf 132

8.3. "Sinngemässe Anwendung" der Vorschriften über die materielle Enteignung 135

8.3.1. Auswirkung der Bösgläubigkeit auf den Entschädigungsanspruch 137

8.4. Entschädigungsanspruch beim Widerruf vor Baubeginn 138

8.5. Entschädigung und Lastenausgleich beim Widerruf einer Ausnahmebewilligung 139

9. Zum Widerruf des Gestaltungsplanes mit Sonderbauvorschriften 140

9.1. Anwendung von Art. 58 BauG 140

9.1.1. Widerruf aus Gründen ursprünglicher Rechtswidrigkeit 142

9.1.2. Analoge Anwendung der Bestimmung über den Widerruf nach Baubeginn 143

9.2. Zuständige Widerrufsbehörde 145

BIBLIOGRAPHIE

Balscheit, Peter, Die Rechtsnatur des Planes, Diss. Basel, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel 1968.

Baumann, Marcel, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von den obersten Rechtsgrundsätzen, Diss. Zürich 1950, Zürich 1952.

Becher, Franz, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, Diss. Saarbrücken 1959.

- Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz. Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten, Berlin 1963.

Beetschen, Bruno, Die materielle Rechtskraft der Verwaltungsverfügungen unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, Diss. Zürich 1923; zit.: Diss.

Bernatzik, Edmund, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft (Neudruck der Ausgabe Wien 1886), Aalen 1964.

Blumenstein, Ernst, Der Einfluss einer Aenderung der administrativrechtlichen Urteilspraxis auf bereits ergangene Verwaltungsverfügungen, in MBVR 23 (1925).

- Wiedererwägung und Neues Recht in der Verwaltung, in MBVR 46 (1948)

- Der Rechtsschutz gegen Verwaltungsverfügungen, in MBVR 48 (1950).

Bühler, Othmar, Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte, in Festgabe Fritz Fleiner, Tübingen 1927.

Burckhardt, Walter, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Auflage, Basel 1944; zit.: Organisation.

- Methode und System des Rechts, Zürich 1936; zit.: Methode.

Buser, Gustav,	Baupolizei- und Strassenrecht im Kanton Aargau, in ZBl 33 (1932).
-	Baupolizeirecht, Sachenrecht und Grundbuch, in ZBl 48 (1947).
Duerr, Karl,	Das bernische Baugesetz, in Bau und Boden, Nr. 8, Bern 1969.
Elser, J.,	St. gallisches Baupolizeirecht, St. Gallen 1915.
Fleiner, Fritz,	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928; zit.: Institutionen.
Forsthoff, Ernst,	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973; zit.: Lehrbuch.
Friedrich, R./ Spühler, K./Krebs, E.,	Bauordnung der Stadt Winterthur, Winterthur 1970.
Giacometti, Zaccaria,	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960; zit.: Allgemeine Lehren.
Grisel, André,	Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970; zit.: Droit administratif.
Gueng, Urs,	Zum Stand und den Entwicklungstendenzen im öffentlichen Entschädigungsrecht, in ZBl 69 (1968).
-	Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, Zürich 1971; zit.: Verbindlichkeit.
Guhl, Theo,	Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972.
Guldener, Max,	Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 1958.
Gygi, Fritz,	Verwaltungsrecht und Privatrecht. Ueber die Bedeutung des Privatrechts für die öffentliche Verwaltung und seine Beziehungen zum Verwaltungsrecht, Bern 1956.

Gygi, Fritz,	Vom Stande der bernischen Baugesetzgebung, in MBVR 56 (1958).
-	Interventionsrecht und Interventionsverwaltung. Versuch einer Grundlegung. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 334, Bern 1958.
-	Beiträge zur Lehre vom Verwaltungsakt, in ZSR 78 (1959).
-	Expropriation, materielle Enteigung und Lastenausgleich, in Rechtliche Probleme des Bauens, Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Bern 1969.
-	Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 1. Auflage, Bern 1969/2. Auflage, Bern 1974.
Gygi, Fritz/ Stucki, Rudolf,	Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bern 1962; zit.: Handkommentar.
Hangartner, Yvo,	Widerruf und Aenderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen. Ein Beitrag zum allgemeinen Teil des schweizerischen und deutschen Verwaltungsrechts, St. Gallen 1959; zit.: Widerruf.
-	Widerruf von Verwaltungsakten bei Meinungswandel der Behörde und bei Aenderung der tatsächlichen Verhältnisse, in ZBl 62 (1961).
Haueisen,	Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, in NJW 1954.
-	Die Rücknahme fehlerfreier Verwaltungsakte, in NJW 1955.
-	Vom rechtmässigen zum rechtswidrigen Verwaltungsakt, in NJW 1956.
Herter, Othmar,	Baubewilligung und Baueinsprache nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1941.
Hess, Walter,	Bibliographie zum Bau-, Boden- und Planungsrecht der Schweiz, Zürich 1968.

Hösli, Erwin,	Das öffentliche Baurecht nach der bundesgerichtlichen Rechtssprechung, Diss. Freiburg 1972.
Hottinger, Markus,	Die Baubedingung, Diss. Zürich, Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge 81, Aarau 1941.
Huber, Hans,	Staats- und Verwaltungsrecht, Praxis im Jahre 1953, in ZBJV 91 (1955).
-	Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, ZBJV 91bis (1955).
Huber, Hans Ulrich,	Privateigentum und öffentliches Recht im Kanton Bern, Diss. Bern 1953.
Huber, Rudolf,	Baugesetzgebung und Privateigentum, in MBVR 54 (1956).
Imobden, Max,	Der nichtige Staatsakt. Eine Verwaltungsrechtliche Studie. Habilitationsschrift, Zürich 1944.
-	Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 18, Berlin 1960.
-	Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Basel und Stuttgart 1968; Bd. II, Basel und Stuttgart 1969, 4. Auflage; zit.: Verwaltungsrechtsprechung.
Ipsen, Hans,	Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Seminar für öffentliches Recht, Heft 26, Hamburg 1932.
Jellinek, Walter,	Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908.
-	Verwaltungsrecht (Neudruck der 3. Auflage, Berlin 1931), Berlin und Zürich 1966.
-	Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, in Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des preussischen Oberverwaltungsgerichts, 1925.
-	Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge 11, Heft 1, Aalen 1964.

Kelsen, Hans,	Allgemeine Staatslehre, Berlin und Zürich 1966.
Kirchhofer, Emil,	Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung, in ZSR 58 (1939).
Kistler, Ernst,	Baupolizei und Baupolizeirecht im Kanton Aargau, Diss. Bern 1926.
Kormann, Karl,	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
Kummer, Max,	Grundriss des Zivilprozessrechts nach der Prozessordnung des Kantons Bern und des Bundes, Bern 1970; zit.: Grundriss.
Leuch, Georg,	Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Auflage, Bern 1956.
Liver, Peter,	Der Begriff der Rechtsquelle, in Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Berner Festgabe 1955.
Marti, Hans,	Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, in ZSR 81/II (1962).
Matile, Jacques,	Essai sur l'autorité des décisions administratives, Lausanne 1952.
Mayer, Otto,	Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I und II, 3. Auflage, München und Leipzig 1924.
Meier-Hayoz, Arthur,	Steuerkommissär und Steuergesetz. Grundsätzliche Bemerkungen zur Anwendung des Steuerrechts durch die Steuerbehörde, in ZBl 54 (1953).
-	Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, Bern 1958/59.
Merkl, Adolf,	Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung. Wiener staatswissenschaftliche Studien, Bd. 15, Heft 2, Leipzig/Wien 1923.

Merz, Hans,	Kommentar zu ZGB Art. 2, in Berner Kommentar, Bd. I, Bern 1966.
Mueller, H./Fehr, E.,	Das Baupolizeirecht in der Schweiz, Beiträge zur Schweizerischen Verwaltungskunde, Heft 14, Zürich 1913.
Nawiasky, Hans,	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Einsiedeln 1948.
Ossenbüchl, Fritz,	Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Berlin 1964.
Plattner, J.,	Justiz und Verwaltung als Rechtsquellen, in ZBl 50 (1949).
Pöppinghaus, Klaus,	Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, Diss. Münster 1959.
Roos, Gottfried,	Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Berner Festgabe 1955.
-	Ueber die Kunst der Gesetzgebung, in ZBl 59 (1958).
Ruck, Erwin,	Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Zürich 1951/1953; zit.: Verwaltungsrecht.
-	Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung, in Aequitas und bona fides, Festgabe für August Simonius, Basel 1955.
Rutz, Walter,	Bibliographie der Dissertationen im Staats- und Verwaltungsrecht, Berlin 1965.
Saladin, Peter,	Der Widerruf von Verwaltungsakten, Basel 1960; zit.: Widerruf.
-	Die Befugnis der Verwaltungsbehörden zur akzessorischen Ueberprüfung von Verordnungen, in ZBl 67 (1966).
Schäfer, Adolf,	Die Beseitigung begünstigender Verwaltungsakte durch die Erlassbehörde, Diss. München 1966.

Schaefer, Gerhard, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, Marburg 1960.

Schulthess, Dietrich von, Gesetzliche Regelung der Gesamtüberbauungen. Ein Beitrag zur Lehre der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen, erläutert am Zürcherischen Baurecht, Diss. Zürich 1963, Bern 1963.

Schwarzenbach, Hans-Rudolf, Die Abänderung von Verwaltungsakten der Gemeindeversammlung nach zürcherischem Recht, in ZBl 57 (1956).

- Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. Auflage, Bern 1975; zit.: Grundriss.

Schwere, Josef, Das Baubewilligungsverfahren nach aargauischem Recht, Diss. Freiburg, Zürich 1971; zit.: Diss.

Siegenthaler, Hans, Das Gesetz über die Bauvorschriften, in MBVR 56 (1958).

- Die Legitimation zu Einspracheerhebung gegen Baulinienpläne, in MBVR 60 (1962).

- Rechtsfragen des Hochbaues im Kanton Bern, in ZBl 64 (1963).

- Das Dekret vom 9. Februar 1966 über das Baubewilligungsverfahren, in MBVR 64 (1966).

Suter, André, Der Gestaltungsplan des bernischen Baurechts, Diss. Bern 1973; zit.: Diss.

Turegg, Kurt Egon von, Zum Widerruf von Verwaltungsakten, in Juristische Rundschau 1952.

Volkmar, Dieter, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt. Versuch einer begrifflichen Abgrenzung, Berlin 1962.

Wackernagel, Jacob, Gesetzmässigkeit der Verwaltung und persönliche Freiheit, in Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948.

- Das Legalitätsprinzip im Steuerrecht, in ZSR 71 (1952).

Witt, Guenther,	Das Baurecht, Diss. Basel 1965.
Wolffers, Artur,	Unbestimmte Rechtsbegriffe und behördliches Ermessen, in: ZBl 58 (1957).
Zaugg, Aldo,	Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, Bern 1971; zit.: Kommentar.
Zimmerlin, Erich/ Marti, Hans,	Bauordnung der Stadt Aarau, Aarau 1960; zit.: Bauordnung.
Zimmermann, Ermo,	Der Baudispens in der Stadt Zürich, Diss. Zürich 1958.
Zwygart, Franz,	Der Bebauungsplan nach solothurnischem Recht, Diss. Bern 1953, Solothurn 1953; zit.: Diss.

RECHTSQUELLEN

1. Bund

a. Erlasse

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (mit seitherigen Aenderungen).

Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (mit seitherigen Aenderungen).

Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege.

Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz).

Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse.

Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren.

Bundesgesetz vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung.

Verordnung vom 19. Juni 1972 zum Schutze der Gewässer gegen Verunreinigung durch wassergefährdende Flüssigkeiten.

b. Materialien

Botschaft des Bundesrates vom 31. Mai 1972 an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung mit zugehörigem Gesetzesentwurf, BBl 1972 I, S. 1453 ff.

Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II, S. 816 ff.

2. Kanton

a. Erlasse

Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893 (mit seitherigen Aenderungen).

Dekret vom 27. Januar 1920 über die Ortspolizei.

Verordnung vom 5. April 1938/15. Mai 1970 über die Gemeindereglemente und die staatliche Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung.

Gesetz vom 7. Februar 1954 über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung.

Gesetz vom 26. Januar 1958 über die Bauvorschriften.

Gesetz vom 22. Oktober 1961/12. September 1971 über die Verwaltungsrechtspflege.

Gesetz vom 3. Oktober 1965 über die Enteignung.

Dekret vom 10. Februar 1970 über das Baubewilligungsverfahren.

Baugesetz vom 7. Juni 1970.

Gesetz vom 7. Juni 1970 über Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens sowie die Delegation von Verwaltungsbefugnissen des Regierungsrates.

Bauverordnung (Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 7. Juni 1970) vom 26. November 1970.

Baugesetz des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972.

Gemeindegesetz vom 20. Mai 1973.

b. Materialien

Vortrag der kantonalen Baudirektion vom 4. März 1969 an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zum Baugesetz.

Protokoll zur Sitzung der grossrätlichen Kommission für die Beratung des Baugesetzes und der Dekrete über das Normalbaureglement und das Baubewilligungsverfahren vom 1. bis 3. Dezember 1969.

Periodika

AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff.
BBl	Bundesblatt, Bern 1849 ff.
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel 1954 ff.
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bern 1903 ff.
NJW	Neue juristische Wochenschrift, Berlin 1947 ff.
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich 1904 ff.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 1943 ff.
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil 1920 ff.
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 1865 ff.
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich 1900 ff.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge (NF), Basel 1882 ff.

Abkürzungen

a.a.O.	an angeführten Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BauG	Baugesetz vom 7. Juni 1970
BauVo	Bauverordnung (Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 7. Juni 1970) vom 26. November 1970
Bd.	Band
BewD	Dekret vom 10. Februar 1970 über das Baubewilligungsverfahren
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BVG	Gesetz vom 26. Januar 1958 über die Bauvorschriften
BZP	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess
bzw.	beziehungsweise
Delegationsgesetz	Gesetz vom 7. Juni 1970 über Grundsätze des Verwaltungsinternen Verfahrens sowie die Delegation von Verwaltungsbefugnissen des Regierungsrates
Diss.	Dissertation (thèse)
E.	Erwägung
EntG	Gesetz vom 3. Oktober 1965 über die Enteignung
f.	und folgender
ff.	und folgende
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.	in Sachen

lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
N.	Note
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
RRB	Regierungsratsbeschluss
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs
u.a.	unter anderem(n)
VGE	Entscheid des Verwaltungsgerichts
vgl.	vergleiche
VRP	Gesetz vom 22. Oktober 1961 über die Verwaltungsrechtspflege
VwG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918
z.T.	zum Teil

Erster Teil

Allgemeines zum Verwaltungsakt und seinem Widerruf

1. Der Verwaltungsakt

Mit der Lehre vom Verwaltungsakt, der Verwaltungsverfügung, der Verfügung, dem Verwaltungsrechtsanwendungsakt,[1] oder wie auch immer dieses Rechtsinstitut von den verschiedenen Autoren genannt wird, hat sich die Rechtswissenschaft seit der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts intensiv beschäftigt. An dieser Stelle kann es lediglich darum gehen, in Kürze einige der wichtigsten Aspekte darzulegen, insofern sie für die spätere Begriffsdefinition von Bedeutung sind.

1.1. WESEN DES VERWALTUNGSAKTES

1.1.1. Abgrenzung zum Urteil

Besonders in älteren Abhandlungen über den Verwaltungsakt wird dieser dem richterlichen Urteil verglichen, wobei die

1) Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 38.

Parallele vorwiegend darin gesehen wird, dass sowohl Verfügung wie Urteil Akte der Rechtsprechung im weiteren Sinne sind. In beiden Fällen wird das Recht auf einen Einzelfall angewandt und von einer Behörde verbindlich festgelegt, was für den Gewaltunterworfenen im konkreten Fall als Recht zu gelten habe.[1)]

So ähnlich gewisse Verwaltungsakte, insbesondere solche aus dem Gebiet der Eingriffsverwaltung aber dem Urteil auch sein mögen, ein ganz spezifisches Moment der richterlichen Rechtsprechung mangelt jeder Verfügung: Die handelnde Behörde ist nicht ein über der Sache stehendes, neutrales Organ, wie dies beim Gericht der Fall ist, sondern immer in mehr oder minder ausgeprägtem Masse selber beteiligte Partei, die kraft ihrer rechtlichen Stellung im Staat ein für den Adressaten verbindliches Rechtsverhältnis entstehen lassen kann.[2)] Rechtsprechung im ursprünglichen Sinne, als von der neutralen Richterinstanz ausgehende, ist somit unmöglich.

1.1.2. Abgrenzung zum Vertrag[3)]

Der äusserlichen Bedeutung nach sei der Verwaltungsakt als eine der rechtlichen Ausdrucksformen des Verwaltungshandelns in Parallele zu setzen, mit dem privatrechtlichen Vertrag

---

1) Bernatzik, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft, S. 64: "Rechtssprechung ist jede nach abstrakt geregeltem Verfahren seitens eines von der Rechtsordnung dazu beauftragten behördlichen Organes vor sich gehende Erklärung, mit welcher die beabsichtigte Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses zum Ausdruck gebracht wird." Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 196, spricht von der Verfügung als von einer Nachbildung des Urteils im Verwaltungsrecht. Vgl. auch Burckhardt, Organisation, S. 75 f.

2) Gygi, ZSR 78 (1959), S. 386; Forsthoff, Lehrbuch, S. 163 ff.

3) Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 166.

stellt Gygi[1] etwas pointiert fest. Diese Behauptung ist nicht wörtlich zu verstehen, sondern will die zentrale Rolle des Verwaltungsaktes innerhalb des Verwaltungsrechtes betonen. Ebenso weist sie darauf hin, dass der Verwaltungsakt in vielen Variationen auftreten kann. Der einzige wesensmässige Zusammenhang zwischen beiden Rechtsinstituten besteht darin, dass es sich sowohl beim Vertrag als auch beim Verwaltungsakt um eine Willensäusserung handelt. Im übrigen unterscheiden sie sich durch folgende Charakteristika: Während der Vertrag ein zwei- oder mehrseitiges Handeln voraussetzt, ergeht der Verwaltungsakt einseitig. "Einseitig" will besagen, dass ein Mitwirken des Adressaten am Zustandekommen des Verwaltungsaktes nicht nötig ist. Eine Ausnahme bilden die sog. mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte,[2] deren Rechtswirkung per definitionem von der Mitwirkung des Adressaten abhängt.[3] Das für die Abgrenzung zum Vertrag herangezogene Kriterium der Einseitigkeit erweist sich hier also als nicht stichhaltig. Als günstiger erweist sich das Kriterium der "Hoheitlichkeit", welches die Einseitigkeit soweit erforderlich in sich einschliesst.[4]

Jeder Verwaltungsakt wird von der Behörde, die als eine dem Adressaten übergeordnete Macht auftritt, erlassen. Die beiden von der entstehenden Rechtswirkung betroffenen, Be-

---

1) Gygi, ZSR 78 (1959), S. 380.

2) Jellinek, Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, S. 84 ff.; Imboden, Der nichtige Staatsakt, S. 24 und 131.

3) Erlassen werden diese Verwaltungsakte ebenfalls durch die Behörden; in einer untergeordneten, für das Eintreten der Rechtswirkung jedoch unerlässlichen Art wirkt aber der Adressat bei der Entstehung mit.

4) Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 18; Naviasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, S. 226. Dagegen etwa Schwarzenbach, Grundriss, S. 96, der die Begriffe "einseitig" und "hoheitlich" gemeinsam verwendet. Fleiner, Institutionen, S. 175, gebraucht den Ausdruck "obrigkeitlich" zur Kennzeichnung des Verwaltungsaktes i.e.S. Ebenso BJM 1960, S. 219.

hörde und Adressat, sind einander nicht gleichgestellt, sondern der Adressat steht in einem Unterordnungsverhältnis zur erlassenden Behörde. Darin unterscheidet sich der Verwaltungsakt denn auch vom öffentlich-rechtlichen Vertrag,[1] in welchem sich Gemeinwesen und Privater als Partner auf gleicher Ebene begegnen, obwohl auch hier materiell ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts geregelt wird.[2]

1.1.3. Abgrenzung zum Rechtssatz

Gesetz und Verordnung enthalten Normen, die sich generell an jeden Rechtsunterworfenen richten. Die jeweiligen Tatbestände sind möglichst abstrakt gehalten, wobei das Mass der Abstraktheit von der geordneten Materie abhängt. Gesetzgeberische Akte der Verwaltungsbehörde sind generell-abstrakter Art.[3] Als Rechtssätze gelten also "alle generellen und abstrakten Normen, welche natürlichen oder juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln."[4]

Im Gegensatz zu den Rechtssätzen ordnet die Verfügung stets den praktisch gewordenen Einzelfall oder eine Summe konkreter Einzelfälle.[5] Eine Verfügung ist also grundsätzlich konkret, insofern sie aktuell gewordene Einzelfälle regelt.[6]

---

1) Auch verwaltungsrechtlicher Vertrag genannt. Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 200; Fleiner, Institutionen, S. 184.
2) Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 203 f.
3) Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 10.
4) Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse vom 23. März 1962.
5) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 177.
6) Vgl. Huber, ZSR 1951, S. 184.

Sie ist im Normalfall aber auch individuell, indem sie sich an ein einzelnes oder mehrere, klar bestimmbare Rechtssubjekte richtet. Im allgemeinen kann man die Verfügung in diesem Sinne also als "individuell-konkrete Anordnung, Gestaltung oder Feststellung öffentlich-rechtlicher Natur"[1] bezeichnen.

Streitig ist, ob man auch individuell-abstrakte oder generell-konkrete Akte der Verwaltung zu den Verwaltungsakten zählen soll, oder ob man sie den Rechtssätzen zuordnen will.[2] Die Praxis des Bundesgerichts in dieser Frage ist nicht eindeutig.[3] Wohl allgemein anerkannt in der Lehre ist heute die Auffassung, dass generell-konkrete Akte der Verwaltung als "Allgemeinverfügungen" zu den Verwaltungsakten zu zählen seien, dass also Erlasse, die sich für einen ganz bestimmten Einzelfall an einen auch nur vage bestimmbaren Personenkreis richten, nicht als Rechtssätze zu bezeichnen seien.[4]

Unklarheit herrscht hingegen darüber, ob individuell-abstrakte Akte der Verwaltung existieren und wie sie allenfalls rechtlich zu qualifizieren seien. Für sie findet sich der Ausdruck "Individualrechtssatz", der jedoch in seiner Bedeutung ziemlich unklar ist.[5] Für die vorliegende Arbeit

---

1) Vgl. AGVE 1962, S. 155; Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 94.

2) Hinweise auf verschiedene Ansichten bei Hangartner, Widerruf, S. 11.

3) BGE 57 I 276 f. behandelt eine konkrete Anordnung, die an eine unbestimmte oder doch nur vage bestimmbare Vielzahl von Adressaten gerichtet ist als Rechtssatz; ebenso BGE 63 I 9 f. In BGE 64 I 60 wird dagegen bloss auf das Kriterium "konkret" abgestellt. In BGE 89 I 258 fehlt sowohl der Hinweis auf "individuell" als auch auf "konkret". Nach BGE 60 I 369, 72 I 280 und 92 I 79 muss die Verfügung "... ein individueller, an den Einzelnen für einen bestimmten Fall gerichteter Hoheitsakt ...", also sowohl individuell wie konkret sein.

4) Vgl. Schwarzenbach, Grundriss, S. 116; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 57 (mit Hinweisen); Forsthoff, Lehrbuch, S. 201; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 343.

5) Vgl. Suter, Diss., S. 25; Hangartner, Widerruf, S. 11.

ist der individuell-abstrakte Erlass nicht von Bedeutung, weshalb hier nicht näher auf ihn eingegangen werden soll.

1.1.4. Zweckbedingtheit des Verwaltungsaktes

Der Verwaltungsakt verfolgt den Zweck, zwischen dem durch die erlassende Behörde vertretenen Gemeinwesen und dem Verfügungsadressaten eine Rechtsbeziehung entstehen zu lassen, also eine Rechtswirkung zu erzielen.[1] Im Hinblick auf diesen Zweck hat sich der Verwaltungsakt als rechtstechnisches Institut herausgebildet und er wird deshalb oft als Zweckgebilde bezeichnet.[2] Merkmal jedes Verwaltungsaktes ist es demnach, unmittelbare Rechtswirkung zu erzielen.[3] Reine Realakte der Verwaltung, die nicht darauf abzielen, eine Rechtswirkung zu erzeugen, sind keine Verwaltungsakte im eigentlichen Sinn.[4]

1.1.5. Definition des Verwaltungsaktes

Aufgrund der vorausgegangenen Untersuchungen kommen wir abschliessend zur Definition des Verwaltungsaktes, wie er als Rechtsinstitut in dieser Arbeit verstanden werden soll. Ob die innerdienstliche Anordnung[5] ebenfalls zu den Verwaltungs-

1) Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 166, mit Verweis auf BJM 1960, S. 219, und ZSR 1964, S. 37.
2) So Gygi in ZSR 78 (1959), S. 381, und in Verwaltungsrechtspflege, 1. Auflage, S. 99; Forsthoff, Lehrbuch, S. 196.
3) Hangartner, Widerruf, S. 7.
4) Vgl. Schwarzenbach, Grundriss, S. 98; Hangartner, Widerruf, S. 7, mit weiteren Hinweisen; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 167.
5) BGE 81 I 258 ff.

akten zu zählen sei, oder ob ausschliesslich der nach aussen gerichtete Akt[1] dazu gezählt werden dürfe, bleibe dahingestellt, da eine Stellungnahme in jener Kontrolverse für die vorliegende Arbeit nicht von Belang sein könnte. Unsere Definition soll deshalb die Möglichkeit offen lassen, auch die innerdienstlichen Anordnungen zu den Verwaltungsakten zu zählen.

Unter einem Verwaltungsakt wollen wir im folgenden verstehen die hoheitliche, von einer Verwaltungsbehörde ausgehende Anordnung, welche unmittelbar ein konkretes Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts regelt.[2]

1.2. RECHTSNATUR DES RAUMNUTZUNGSPLANES

In den thematischen Rahmen der Definition des Verwaltungsaktes und seiner Abgrenzung gegenüber andern Rechtsinstituten gehört es bei dieser Arbeit, die Frage zu stellen, ob nur mündliche und schriftliche Anordnungen der Verwaltungsbehörde Verwaltungsakte sein können, oder ob allenfalls auch karthographisch festgehaltene Anordnungen unter diesen Begriff fallen können.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit allerdings sprengen, eine eingehende Untersuchung dieses Problems vorzunehmen. Von vorneherein muss die Fragestellung auf die Rechtsnatur des Raumnutzungsplanes beschränkt werden und auch hier nur anhand einiger Aspekte der Entscheid getroffen werden, welcher der verschiedenen in Literatur und Rechtsprechung vertrete-

1) Hangartner, Widerruf, S. 12.
2) Vgl. BGE 92 I 79; 93 I 730; Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, S. 97.

nen Auffassungen der Vorzug gegeben werden soll.

1.2.1. Ueberblick über die Lehrmeinungen in der Schweiz

Die Frage nach der rechtlichen Qualifizierung des Raumnutzungsplanes ist im Baurecht von zunehmender Bedeutung. Mit der immer intensiveren Landes-, Regional- und Ortsplanung, mit der Ausscheidung von Grundwasserschutzzonen, von provisorischen Schutzgebieten, der Erstellung von Ueberbauungs- und Gestaltungsplänen gewinnt er immer mehr an Bedeutung, obwohl seine Rechtsnatur nach wie vor umstritten ist.

In der schweizerischen Lehre haben sich heute grundsätzlich drei Ansichten herausgebildet.[1] Mehrheitlich wird die Auffassung vertreten, der Raumnutzungsplan habe Rechtsnormcharakter.[2] Die gegenteilige Auffassung, dass der Raumnutzungsplan zu den Verfügungen zu zählen sei, wird von einer zweiten Gruppe vertreten,[3] der auch Imboden[4] mit seinen eingehenden Studien über die Rechtsnatur des Planes nahesteht.

Von einer dritten Gruppe wird der Plan aufgrund seiner neben dem Rechtssatzcharakter und dem Verfügungscharakter nachweis-

1) Vgl. zu diesem Thema die ausführliche Uebersicht über die Lehre bei Suter, Diss., S. 26 ff.

2) Elser, St. gallisches Baupolizeirecht, S. 104 f.; Buser in ZBl 33, S. 355; Roos, Ueber die Kunst der Gesetzgebung, in ZBl 59, S. 65 ff., S. 66; von Schulthess, Gesetzliche Regelung der Gesamtüberbauungen, S. 45, 94; Zimmerlin, Bauordnung, S. 13, 95 f.; Siegenthaler, Die Legitimation zur Einspracheerhebung gegen Baulinienpläne, MBVR 60 (1962), S. 60, 68 ff.

3) Huber, Privateigentum und öffentliches Recht im Kanton Bern, S. 39; Gygi, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, Versuch einer Grundlegung, S. 79 (er weist auf die Parallelen mit der Allgemeinverfügung hin); Zwygart, Diss., S. 39.

4) Imboden, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, in VVDStRL, Heft 18, S. 113 ff.

baren eigenständigen Merkmale als ein rechtliches "aliud" bezeichnet.[1] Dem Grundsatz nach hat sich das Bundesgericht mit dem Entscheid 90 I 345 ff. dieser Gruppe angeschlossen, indem es den Plan als "dispositione intermedia o diversa" bezeichnet hat. Bei der Beurteilung im Einzelfall stellt es aber immer noch auf das Kriterium der Grösse des vom Plan erfassten Gebietes ab, womit es, wie auch in früheren Entscheiden,[2] weitgehend der Auffassung Kirchhofers[3] folgt,[4] der den Plan, welcher ein grosses Gebiet erfasst, als Gesetzeserlass, denjenigen eines kleinen Gebietes als Verfügung qualifiziert. Diese Auffassung wird heute zu Recht angegriffen, kann es sich doch bei einer, nach freiem Ermessen gewählten, quantitativen Abgrenzung nicht um ein echtes Kriterium handeln.

1.2.2. Problemstellung im Rahmen dieser Arbeit

Für die vorliegende Arbeit ist die Frage nach der Rechtsnatur des Raumnutzungsplanes insofern von Bedeutung, als mit dem Instrument des Gestaltungsplanes oft so detaillierte Richtlinien geschaffen werden, dass der Plan in seiner Wirkung praktisch einer "Vorwegnahme" der Baubewilligung gleichkommt. Obwohl er das Baubewilligungsverfahren nicht ersetzt, wirkt sich ein rechtskräftiger Gestaltungsplan normalerweise gleich aus, wie eine rechtskräftige Baubewilligung. Dem Einsprachelegitimierten steht wohl das Einspracherecht gegen das

---

1) Grisel, Droit administratif, S. 396; Marti, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, ZSR 81/II (1962), S. 98 f.

2) BGE 74 I 147 ff.; 76 I 329 ff.; 78 I 424 ff.; 81 I 26 ff.; 82 I 157 ff.; 89 I 103 ff.

3) Kirchhofer, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung, in ZSR 58 (1939), S. 147.

4) BGE 94 I 342 f.

einzelne Bauprojekt zu. Dennoch kann die Einsprache nur insofern Aussicht auf Erfolg haben, als sie nicht Gegenstände betrifft, die bereits im Plan geregelt sind. Da der Gestaltungsplan ein Bauvorhaben seiner äusseren Erscheinungsform nach oft bis in Einzelheiten regelt, bleibt dem Einsprecher in der Regel nur mehr ein kleines Gebiet, in welchem er mit Aussicht auf Erfolg Einsprache erheben kann. Insbesondere kann alles, was im Planverfahren als Einsprache geltend gemacht und entschieden worden ist, sinnvollerweise nicht im Einspracheverfahren gegen das Bauprojekt nochmals geltend gemacht werden.[1)]

Insofern kann sich der Gestaltungsplan gegenüber dem einsprachelegitimierten Dritten gleich einer vorweggenommenen Baubewilligung auswirken. Im Rahmen der Arbeit über den Widerruf einer speziellen Art von Verwaltungsakten drängt es sich deshalb auf, sich - ohne näher auf die erwähnte Problematik einzugehen - gleich zu Anfang für eine der Theorien über die Rechtsnatur des Raumnutzungsplanes zu entscheiden.

1.2.3. Grundsätzliches

Sicher wäre es im heutigen Zeitpunkt, da der Plan ständig an Bedeutung gewinnt und seine Auswirkungen noch nicht völlig erfasst sind, am vorsichtigsten, ihn als Institut sui generis zu bezeichnen. Andererseits läge darin ein Eingeständnis, dass das bisherige System der Unterteilung in Rechtssatz und Verwaltungsakt mangelhaft gewesen sei.[2)] Dennoch wäre es falsch, den Raumnutzungsplan generell ent-

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 4 zu Art. 36 BauG, S. 171 f.
2) Vgl. Suter, Diss., S. 31 f., mit Verweisungen auf Aubert, ZBGR 43, S. 8; Burckhardt, Methode, S. 127 f., und andere.

weder den Gesetzeserlassen oder den Verfügungen zuzuordnen.

Die Raumnutzungspläne sind in ihren Eigenschaften so verschieden, dass den einen sehr wohl Rechtssatzcharakter, den andern Verfügungscharakter zukommen kann. Jeder Plan sollte auf seinen speziellen Rechtscharakter hin untersucht werden,[1] wobei man überprüfen müsste, ob er als generell-abstrakt, individuell-konkret, als generell-konkret oder gar als individuell-abstrakt zu gelten hat.[2] Je nachdem wäre er als Gesetzeserlass oder Verfügung zu behandeln.

Da eine eingehende Untersuchung des Problems an dieser Stelle zu weit führen würde, möchte ich lediglich anhand einiger Beispiele aus dem bernischen Baurecht meine Auffassung erläutern.

1.2.4. Der Zonenplan

1. Der Zonenplan bildet keinen Zusatz, sondern einen wesentlichen Bestandteil des Baureglementes der Gemeinde. Baureglement und Plan entstehen im selben Verfahren[3] und verkörpern gemeinsam die Bauvorschriften der Gemeinde. Sie erreichen damit die für Gemeindeerlasse höchstmögliche Allgemeingültigkeit.

   Indem der Zonenplan genau bezeichnet, welches Gebiet welcher Zonenordnung unterworfen ist, also die allgemeinen Zonenordnungen des Baureglementes dem einen oder andern Gebiet in karthographischer Art zuordnet, scheint

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 2 zu Art. 38, S. 177 f.
2) Vgl. Suter, Diss., S. 31.
3) Art. 41 und 44 BauG; Art. 120 BauVo; Verordnung über die Gemeindereglemente und die staatliche Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung vom 5. April 1938.

er der dem Rechtssatz wesentlichen Abstraktheit zu entbehren. Er scheint im Gegenteil die abstrakten Gesetzesnormen des Reglementes in dieser Weise gleich einer Verfügung auf den Einzelfall zu konkretisieren. Der Zonenplan bildet jedoch Bestandteil des Baureglementes und ergänzt es in der Art einer Verordnung:[1] Die Annahme, er wende die Normen des Baureglementes auf den Einzelfall an, scheint mir nicht zutreffend, vielmehr detailliert und präzisiert er, was im Reglement zum Ausdruck gebracht wird. Er wendet die Rechtsnormen nicht an, sondern macht sie bei der tatsächlichen Anwendung im Einzelfall besser anwendbar, damit - beispielsweise bei der Erteilung einer Baubewilligung - nicht jedesmal zuerst untersucht werden muss, welche Zonenordnung des Baureglementes nach allgemeinen Planungsgrundsätzen am besten auf das in Frage stehende Grundstück angewendet werde. Diese Frage ist nach planerischen Grundsätzen, aufgrund des zur Zeit der Zonenplanung bestehenden Zustandes und im Hinblick auf das in Zukunft im öffentlichen Interesse Wünschbare[2] für die verschiedenen Teilstücke der Gemeinde generell festgestellt und im Zonenplan niedergelegt worden. Dieser ist während einer gewissen Dauer[3] für jeden, der mit einem Grundstück in der betreffenden Gemeinde zu tun hat, zwingende Vorschrift.

2. Schon die Umschreibung der verschiedenen Arten von Zonen im Baureglement ist bis zu einem gewissen Grade eine Projektion der realen Gegebenheiten im Gemeindegebiet. So ist es z.B. bezeichnend, dass nicht in jeder Gemeinde,

---

1) Vgl. Zimmerlin, Bauordnung, N. 7 zum systematischen Teil, S. 13.
2) Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, S. 83, Art. 1 des Entwurfs; Baugesetz des Kantons St. Gallen vom 6.6.1972, Art. 4; Zaugg, Kommentar, S. 25 f.
3) Gemäss Art. 26 des noch nicht in Kraft stehenden Bundesgeseztes über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974/II 816, 10 bis 15 Jahre.

sondern nur in solchen, in denen die Voraussetzungen dazu gegeben sind, Industriezonen oder Ferienhauszonen im Baureglement umschrieben werden. Somit wird schon bei der Ausarbeitung der schriftlichen Baunormen auf die örtlichen Gegebenheiten abgestellt. Die Normen werden teilweise unter Berücksichtigung ganz bestimmter Teile des Gemeindegebietes geschaffen. Aufgabe des Zonenplanes ist es dann, die Grenzen des Wirkungsbereiches der verschiedenen Zonenvorschriften karthographisch klar zu umschreiben. Träger dieser ein Gesetz ergänzenden Funktion ist normalerweise die Verordnung. In dieser funktionellen Gleichheit liegt ein deutlicher Hinweis auf die nahe Verwandtschaft des Zonenplanes mit der Verordnung.

3. Der gesetzes- bzw. verordnungsähnliche Charakter des Zonenplanes äussert sich auch darin, dass er wie das Baureglement, dem er zugehört, wieder abgeändert werden kann, wenn die Umstände eine Erneuerung erfordern. Der Grundeigentümer hat ebenso wenig Anspruch auf Bestand des Zonenplanes wie er Anspruch auf Bestand des Baureglementes hat.

4. In diesem Sinne scheint es mir vertretbar, dem Zonenplan Gesetzescharakter zuzusprechen und ihn nach seinem Rechtsgehalt als verordnungsähnlichen Rechtssatz zu bezeichnen.[1)]

---

1) Gleicher Ansicht Zimmerlin, Bauordnung, N. 7 zum systematischen Teil, S. 13.

1.2.5. Der Gestaltungsplan

Unsere zweite Untersuchung gilt dem Gestaltungsplan:[1] Soll dieser am weitesten detaillierte und auch Einzelheiten regelnde Raumnutzungsplan mit Sonderbauvorschriften[2] den Verwaltungsakten oder den Rechtssätzen zugeordnet werden? Wir können diese Frage von zwei Seiten her angehen: Nach dem materiellrechtlichen Gehalt von Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften allgemein, oder nach ihrer formellrechtlichen Ausgestaltung.

1.2.5.1. Untersuchung nach formellen Gesichtspunkten

Die formelle Ausgestaltung des Gestaltungsplanes und der Sonderbauvorschriften im bernischen Baurecht lässt vorerst vermuten, es handle sich um Erlasse mit Gesetzescharakter:

a) Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften werden systematisch im zweiten Abschnitt des ersten Teils des Baugesetzes unter dem Titel "Gemeindebauvorschriften" und nicht im vierten Abschnitt unter dem Titel "Ausnahmen" behandelt.[3]

b) Verwaltungsakte werden in der Regel in einfachem Verfahren von einer Exekutivbehörde erlassen. Der Erlass von Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften dagegen entspricht demjenigen der Gemeindebauvorschriften, insbesondere des Ueberbauungsplanes:[4] Nach der Vorprüfung durch die Baudirektion werden Gestaltungsplan und Son-

---

1) Art. 36 BauG.
2) Art. 38 BauG.
3) Vgl. Suter, Diss., S. 87.
4) Vgl. Art. 120, 122 bis 127, 128 bis 134 BauVo.

derbauvorschriften während dreissig Tagen öffentlich aufgelegt und die Auflage publiziert. Innert der Frist von dreissig Tagen steht es den Stimmbürgern der Gemeinde und den übrigen in Art. 123 Abs. 3 lit. b-d BauVo genannten Personen und Organisationen frei, Einsprache zu erheben. Nach Abschluss der nachfolgenden Einspracheverhandlungen unterbreitet der Gemeinderat Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften mit seinem Bericht und Antrag, worin er sich auch zu den unerledigten Einsprachen zu äussern hat, dem zuständigen Gemeindeorgan zur Beschlussfassung. Je nach Organisation der Gemeinde handelt es sich dabei um die Gemeindeversammlung, den Grossen Gemeinderat oder den Stadtrat, also um die kommunale Legislative.

Der Gesetzgeber war offenbar der Auffassung, dass Bauvorhaben, welche aufgrund eines Baudispenses nicht bewilligt werden können, weil sie in weitergehendem Masse der baurechtlichen Grundordnung widersprechen, aufgrund eines Verfahrens bewilligt werden müssen, welches der Wichtigkeit der Materie Rechnung trägt. Verfahrensmässig entspricht der Erlass von Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften also im wesentlichen jenem der kommunalen Gesetzeserlasse. Nur weil vom Gemeindegesetzgeber erlassen sind aber Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften nicht zwingend rechtssetzende Erlasse, da bisweilen auch Verwaltungsakte von den gesetzgebenden Organen ausgehen können. Gerade in dem meist kleinen Rechtskreis der Gemeinde ist die Beschlussfassung über wichtigere Verwaltungsangelegenheiten regelmässig Sache der Gemeindeversammlung.[1)] Allgemein findet deshalb das Vorgehen keine Zustimmung, einen Plan aufgrund des Verfahrens und der Kompetenz zu seinem Erlass rechtlich einzuordnen.[2)]

---

1) Vgl. ZBl 72 (1971), S. 140 (= BGE 94 I 342); Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 540; Imboden, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, S. 128 f.

2) Vgl. Suter, Diss., S. 24, mit Verweisungen.

Der Rechtscharakter von Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften ist vielmehr nach deren materiellem Gehalt zu bestimmen.

1.2.5.2. Untersuchung nach materiellen Gesichtspunkten

Inhaltlich ist der Gestaltungsplan sehr konkret. Er bestimmt Zahl, Art, äussere Abmessung, Geschosszahl, Lage und allenfalls weitere bauliche Einzelheiten der im Plangebiet zu erstellenden Bauwerke. Damit hält er in groben Zügen fest, welche Gebäude in welcher Form auf ein bestimmtes Grundstück oder bestimmte Grundstücke gebaut werden sollen. Die Ueberbauung der betroffenen Grundstücke ist mit dem Gestaltungsplan also bezüglich der äusseren Erscheinung der projektierten Bauten weitgehend festgelegt.

Der Gestaltungsplan ist in der Regel das Ergebnis des Zusammenwirkens privater und öffentlicher Interessen an einer bestimmten Arealüberbauung.[1] In erster Linie setzt die Schaffung des Gestaltungsplanes Einmütigkeit der beteiligten Grundeigentümer voraus.[2] Darauf wird im Verfahren vor den zuständigen Behörden untersucht, ob der Plan dem öffentlichen Interesse entgegenkomme.[3] Derselben Prüfung unterliegen auch die zum Gestaltungsplan gehörenden Sonderbauvorschriften. Sie sollen in erster Linie die Erstellung von höheren Häusern, Hochhäusern und anderen Sonderformen (Terrassenhäusern und dergleichen) ermöglichen,[4] können aber auch alle übrigen zur Ergänzung der rechtlichen Ordnung von Gestaltungsplangebieten erforderlichen Vorschriften enthalten.[5]

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 2 zu Art. 36 BauG, S. 170.
2) Art. 36 Abs. 2 BauG.
3) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 2 zu Art. 36 BauG, S. 170 f.
4) Art. 38 Abs. 1 BauG.
5) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 4 zu Art. 38 BauG, S. 178.

Rechtskräftige Gestaltungspläne und zugehörige Sonderbauvorschriften heben in dem vom Gestaltungsplan erfassten Gebiet die durch Baureglement und Zonenplan geschaffene Grundordnung auf und ersetzen sie. Der Bauwillige ist verpflichtet, nach diesen neuen Vorschriften zu bauen.[1)]

Versteht man Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften in diesem Sinne als neue Bauordnung für ein bestimmtes, relativ kleines Baugebiet, lässt sich ihre Zuordnung zu den Rechtssätzen auch von ihrem materiellrechtlichen Gehalt her rechtfertigen.[2)]

Das in materieller Hinsicht ausschlaggebende Moment für den Rechtsgehalt des Gestaltungsplanes und seiner Sonderbauvorschriften scheint mir dennoch ein anderes zu sein: Der Zonenplan ist zweifellos genereller Natur, was sogar Zwygart[3)] nicht ablehnt, obwohl er sonst den Plan als Verwaltungsakt behandelt. Der Gestaltungsplan dagegen kann weder als generell noch als abstrakt bezeichnet werden, da er praktisch nur im Hinblick auf ein bestimmtes Bauprojekt überhaupt ausgearbeitet wird. Er soll die Realisierung eines Bauvorhabens ermöglichen, welches, ohne mit der Grundordnung des Gemeindebaureglementes übereinstimmen zu müssen, dem öffentlichen Interesse entgegenkommt, das aber so stark von der Grundordnung abweicht, dass seine Bewilligung mittels Baudispens nicht mehr in Frage kommt.[4)]

Normalerweise reichen im konkreten Einzelfall mehrere Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber gemeinsam einen Gestaltungsplan mit Sonderbauvorschriften ein und ersuchen um die Ertei-

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 4 zu Art. 36 BauG, S. 171.
2) Diese Auffassung wurde in letzter Zeit besonders eindeutig vertreten von Suter, Diss., S. 32 ff.
3) Vgl. Zwygart, Diss., S. 39.
4) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 4 zu Art. 38 BauG, S. 178.

lung der auch als "grosse Ausnahmebewilligung"[1] bezeichneten Genehmigung. Sie verfolgen das Ziel, ein geeignetes Gebiet durch eine architektonisch einheitliche Ueberbauung zu nutzen. Dabei wird bereits in dieser Planungsphase das einzelne projektierte Gebäude in seiner äusseren Erscheinung weitgehend bestimmt.

Erlangt der Gestaltungsplan Rechtskraft, bedeutet dies - unter Vorbehalt der Einholung der Baubewilligung - die Bewilligung zum Bau ganz bestimmter Gebäude und Gebäudekomplexe. Der Gestaltungsplan ist also eine Vorstufe zur definitiven Bewilligung eines bestimmten Bauprojektes.[2] Durch diese Konkretheit seiner Zielsetzung unterscheidet er sich deutlich von der für den Zonenplan typischen Abstraktheit. Aus diesem Grunde erachte ich es als richtig, den Gestaltungsplan mit Sonderbauvorschriften seinem Rechtscharakter gemäss in materieller Hinsicht als Verwaltungsakt einzuordnen. Die Bezeichnung "grosse Ausnahmebewilligung" für Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften weist darauf hin, dass auch in der Praxis - möglicherweise oft unbewusst - diese Auffassung geteilt wird.

Verschiedene Raumnutzungspläne, wie Zonenplan und Gestaltungsplan, können also ihrem charakteristischen Inhalt entsprechend sehr wohl die einen zu den Rechtssätzen, die andern zu den Verwaltungsakten gehören,[3] obwohl sie sich in der Form ihres Erlasses praktisch nicht unterscheiden.

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 2 zu Art. 38 BauG, S. 178.
2) Vgl. BGE 98 I 392 f.
3) Vgl. Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, S. 86; Zaugg, Kommentar, S. 177 f.

1.3. RECHTSKRAFT UND UNWIDERRUFLICHKEIT BEIM VERWALTUNGSAKT

1.3.1. Formelle Rechtskraft des Urteils

Ein Urteil wird formell rechtskräftig, wenn es mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann und die formelle Rechtskraft bleibt bestehen, solange nicht ein ausserordentliches Rechtsmittel sie beseitigt.[1] Der Eintritt der formellen Rechtskraft beendet die Rechtshängigkeit, schliesst sonach das Verfahren ab und ist Voraussetzung der Vollstreckung.[2]

1.3.2. Materielle Rechtskraft des Urteils

Ein Urteil ist materiell rechtskräftig, wenn Parteien und Richter an das ergangene Urteil gebunden sind und kein zweiter Entscheid in der gleichen Sache zwischen denselben Parteien ergehen darf: "ne bis in idem".[3] Die materielle Rechtskraft tritt mit der formellen ein und bleibt bestehen, solange nicht, im Anschluss an die Beseitigung der formellen Rechtskraft durch ein ausserordentliches Rechtsmittel, neu geurteilt ist. Sie ist die eigentliche Säule der Rechtssicherheit.[4] Erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft des nach Einlegung eines ausserordentlichen Rechtsmittels ergangenen neuen Urteils fällt die materielle Rechtskraft des alten Urteils dahin und beginnt jene des neuen Urteils.

1) Vgl. dazu und zum folgenden Kummer, Grundriss, S. 125 f.
2) Vgl. bernische ZPO Art. 397 Abs. 1; BZP Art. 74 Abs. 1.
3) Vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 303 ff.
4) Vgl. Kummer, Grundriss, S. 126; Leuch, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, N. 1 zu ZPO Art. 397, S. 383.

1.3.3. Die Rechtskraft des Verwaltungsaktes

Die oben gegebenen Umschreibungen der formellen und der materiellen Rechtskraft entstammen dem Zivil- und Strafprozessrecht.

Die Aufgabe der Gerichte ist nur dann sinnvoll, wenn sich die Beteiligten zu einem bestimmten Zeitpunkt auf ein Urteil verlassen können und Rechtssicherheit eintritt.

Die Forderung nach Rechtssicherheit besteht jedoch nicht nur im Zivil- und Strafverfahren, sondern auch im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden. Der Begriff der Rechtskraft existiert denn auch im Verwaltungsrecht und wird im Verwaltungsverfahren häufig verwendet. So ist es üblich, dass eine Verfügung als rechtskräftig oder verbindlich bezeichnet wird, sobald kein ordentliches Rechtsmittel mehr gegen sie ergriffen werden kann. Art. 40 VwG hält beispielsweise fest, dass Verfügungen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung vollstreckbaren Urteilen im Sinne von Art. 80 SchKG gleichstehen, sobald sie in Rechtskraft erwachsen sind.

Meist wird der Begriff der Rechtskraft - auch vom Bundesgericht[1] - ohne nähere Differenzierung verwendet. Ob damit ausschliesslich die formelle oder ausschliesslich die materielle Rechtskraft gemeint ist oder ob beide inbegriffen sind, kommt selten klar zum Ausdruck.

Sowohl in der Lehre[2] wie in der Rechtsprechung[3] wird die formelle Rechtskraft von Verwaltungsakten anerkannt.

---

1) Vgl. Saladin, Widerruf, S. 15.
2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 252; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 391; Gygi, ZSR 78 (1959), S. 399; Hangartner, Widerruf, S. 51, mit Verweisungen; Fleiner, Institutionen, S. 195; Ruck, Verwaltungsrecht, S. 96.
3) BGE 91 I 95.

Streitig ist dagegen, ob ein Verwaltungsakt auch materiell rechtskräftig werden könne. Eingehende Untersuchungen und Zusammenstellungen der verschiedenen Theorien finden wir bei Hangartner[1] und Saladin[2]. Daraus ist ersichtlich, dass einige Autoren versucht haben, die Widerrufstheorie auf der Theorie der materiellen Rechtskraft aufzubauen.[3] Obwohl unbestrittenermassen in beiden Theorien das Moment der Rechtssicherheit von Bedeutung ist, hat sich im allgemeinen die Auffassung durchgesetzt, die Lehre vom Widerruf von Verwaltungsakten sei getrennt von jener der materiellen Rechtskraft zu behandeln.[4] Ob dies zu Recht geschieht, wird im folgenden zu untersuchen sein.

1.3.4. Materielle Rechtskraft und Unwiderruflichkeit

Sowohl der materiellen Rechtskraft eines Urteils wie der Unwiderruflichkeit eines Verwaltungsaktes liegt das Bedürfnis nach Rechtssicherheit zugrunde. Dieses Streben ist aber je verschieden begründet: Die Tätigkeit der Gerichte ist darauf ausgerichtet, einen Streit zu entscheiden und damit den Rechtsfrieden herzustellen. Sie sorgen dafür, dass eine einmal entschiedene Rechtsfrage nicht erneut von den gleichen Parteien vorgebracht werden kann. Kraft gerichtlicher Autorität hat sie als definitiv entschieden und erledigt zu gelten. Die materielle Rechtskraft hat also eine rein prozessrechtliche Funktion.

---

1) Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 53 ff.
2) Vgl. Saladin, Widerruf, S. 45 ff.
3) So z.B. Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, S. 24; Becher, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung.
4) Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 60.

Die oberste Aufgabe der Verwaltungsbehörden dagegen ist nicht die Herstellung des Rechtsfriedens,[1] sondern die Wahrung des öffentlichen Interesses im Rahmen der Gesetze.[2]

In gleichem Masse, wie sich im Laufe der Zeit jedoch die realen Gegebenheiten ändern, verschiebt sich erfahrungsgemäss auch das öffentliche Interesse. Dadurch werden die Verwaltungsbehörden mit einem ständigen Wandel konfrontiert. Sie sehen sich oft gezwungen, ihre Verfügungen den neuen Verhältnissen anzupassen und sie zum Teil oder ganz zu widerrufen.[3] Aus dieser Notwendigkeit wiederum können sich Konflikte mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und des Schutzes der persönlichen Freiheit ergeben.[4]

Ihrerseits erheischen aber diese beiden vor allfälliger Willkür zu schützenden Rechtsgüter Rechtssicherheit, um bestehen zu können. Wird der Wert der betreffenden Rechtsgüter im Einzelfall höher eingestuft als jener der in Frage stehenden öffentlichen Interessen, so kann oder muss die Behörde sich oft entschliessen, einen Verwaltungsakt entgegen dem öffentlichen Interesse nicht zu widerrufen, ihn als unwiderruflich zu behandeln. Es wäre jedoch verfehlt, die Unwiderruflichkeit eines solchen Verwaltungsaktes der materiellen Rechtskraft im verfahrensrechtlichen Sinn zuzuschreiben; denn die Unwiderruflichkeit des Verwaltungsaktes entspricht hier dem Resultat einer Abwägung zwischen Vertrauensschutz auf der einen und öffentlichem Interesse auf der andern Seite.[5] Sie ent-

---

1) Vgl. Huber, in ZBJV 1955, S. 91; Saladin, Widerruf, N. 9, S. 131.
2) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 5 und 121 ff.
3) Vgl. Burckhardt, Organisation, S. 73 ff., und Fleiner, Institutionen, S. 196 ff.; BGE 100 Ib 97.
4) Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 60 und 89.
5) Anderer Ansicht ist Saladin, Widerruf, S. 129 ff., 138 ff., S. 149: "Nach der Darlegung der grundsätzlichen Bedenken, die sich der Annahme eines generellen, dem Legalitätsprinzip gegenüberstehenden Satzes von Treu und Glauben entgegenstellen, hat sich gezeigt, dass sich für ein solches generelles Korrektiv gar kein Geltungsgrund finden lässt, so-

springt demnach materiellrechtlichen Ueberlegungen und tritt nicht eo ipso in einem gewissen Verfahrensstadium ein. Sie mag zwar im Endeffekt die gleiche Wirkung haben wie die materielle Rechtskraft, ist jedoch dem Wesen und Ursprung nach mit jener nicht identisch. Es ist deshalb meines Erachtens richtig, solche Verwaltungsakte als "rechtsbeständig"[1] oder schlicht als "unwiderruflich" zu bezeichnen. Materiell rechtskräftig ist ein Verwaltungsakt nur dann, wenn die Behörde aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht auf ihn zurückkommen kann. So sind beispielsweise Rekursentscheide in dem Sinne materiell rechtskräftig, als das Rekursverfahren unter Vorbehalt von Revisionsgründen nicht wieder aufgenommen werden kann.[2] Dies bewirkt natürlich, dass sie auch nicht widerrufbar sind, denn - und nur hier "treffen" sich materielle Rechtskraft und Unwiderruflichkeit - durch das Eintreten der materiellen Rechtskraft wird die verfahrensrechtliche Voraussetzung dazu geschaffen, dass eine materielle Ueberprüfung auf die Widerrufbarkeit des betreffenden Verwaltungsaktes gar nicht mehr erfolgen kann.[3]

Die wesensmässige Verschiedenheit von materieller Rechtskraft und Rechtsbeständigkeit von Verwaltungsakten offenbart sich im weitern auch darin, dass eine Behörde auch dann nicht auf den materiell rechtskräftigen Verwaltungsakt zurückkommen darf, wenn sie ihn zum Vorteil des Adressaten abändern würde.

Gleich wie es dem Richter verboten ist, auf das materiell rechtskräftige Urteil zurückzukommen, kann auch die erlas-

---

fern es nicht ausdrücklich positiviert ist, was aber für das schweizerische Recht nicht gilt."

1) *Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 61.*

2) *Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 171.*

3) *Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 62 und 145; ähnlich, aber im Hinblick auf das bernische Verfahren genauer Blumenstein, in MBVR 46 (1948), S. 4.*

sende Behörde von sich aus den materiell rechtskräftigen Verwaltungsakt weder zuungunsten noch zugunsten der oder des Adressaten widerrufen. Dies steht in klarem Gegensatz zu der Tatsache, dass an sich unwiderrufbare Verwaltungsakte - also solche, die zuungunsten des Adressaten nicht widerrufen werden dürfen - zugunsten des Adressaten jederzeit abänderbar sind.[1)]

Auch diese Tatsache erklärt sich daraus, dass die materielle Rechtskraft eben verfahrensrechtlicher Natur ist und deshalb eine materielle Neuprüfung des Verwaltungsaktes von vorneherein ausschliesst, während die Frage nach Widerrufbarkeit oder Unwiderrufbarkeit eines Verwaltungsaktes dem materiellen Recht entspringt und eine materielle Prüfung der Verfügungsgrundlagen ausdrücklich erheischt.[2)]

1.4. DIE POLIZEIERLAUBNIS

Die Verwaltungsakte werden in verschiedene Kategorien eingeteilt. Diese Gliederung wird nach ganz unterschiedlichen Kriterien vorgenommen, wie z.B. nach der Zweckbestimmung oder dem Inhalt. Die Terminologie ist äusserst mannigfaltig[3)] und insofern etwas verwirrend, als die verschiedenen Autoren immer wieder voneinander abweichende Bezeichnungen verwenden und häufig gleiche Termini verschieden definiert werden. Alle Einteilungen lassen allerdings gleichermassen erkennen, welche zentrale Bedeutung der Verfügung im Verwal-

1) Vgl. Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 421; Forsthoff, Lehrbuch, S. 253; hinten, S. 89.
2) Vgl. dazu die Ausführungen bei Hangartner, Widerruf, S. 60 ff.
3) Vgl. Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 347.

tungsrecht zukommt. Ihr Studium bietet gleichzeitig eine Art Führung durch das gesamte Gebiet der Verwaltung.[1)]

Uns beschäftigen hier nur die Polizeibewilligungen. Fleiner[2)] zählt sie zu den konstitutiven Verfügungen und jene wiederum zu der grossen Kategorie der Gestaltungsverfügungen, der er als einzige weitere Kategorie jene der Vollziehungsverfügungen gegenüberstellt.

Schwarzenbach[3)] zählt die Polizeierlaubnisse ebenfalls zu den rechtsgestaltenden Verfügungen, die er aber als dritte gleichwertige Kategorie neben jenen der rechtsändernden und der rechtsaufhebenden Verfügungen nennt.

Giacometti[4)] teilt die Auffassung, dass die Polizeierlaubnisse ihrer Funktion entsprechend gestaltende Verwaltungsakte sind. Er stellt dieser Kategorie jedoch auf gleicher Ebene jene der feststellenden und der entscheidenden Verwaltungsakte gegenüber.

Auch Forsthoff[5)] reiht die Polizeierlaubnisse unter den gestaltenden Verwaltungsakten ein. Dem Inhalte der Verwaltungsakte nach stellt er diese Gruppe neben die der befehlenden, der feststellenden, der beurkundenden und der entscheidenden Verwaltungsakte.

Anhand der oben angeführten Beispiele wird besonders deutlich, wie vielfältig die zur Klassifizierung der Verwaltungsakte verwendete Terminologie ist. Andererseits sieht man aber auch deutlich, dass allgemein in der herrschenden Lehre die Polizeierlaubnis zu den rechtsgestaltenden Verwaltungsakten

---

1) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 186.
2) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 186 f.
3) Schwarzenbach, Grundriss, S. 105.
4) Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 348 ff.
5) Forsthoff, Lehrbuch, S. 209.

zählt.

Unstimmigkeit herrscht allerdings wieder bei der Frage, was unter gestaltenden Verwaltungsakten zu verstehen sei. Einerseits wird vertreten, dass sie eine konkrete Rechtslage begründen, abändern oder aufheben.[1] Andererseits herrscht die Auffassung, dass der gestaltende Verwaltungsakt nicht fähig sei, eine Rechtslage zu schaffen oder zu ändern - da dies gegen das Legalitätsprinzip verstossen würde -, sondern dass er bloss gesetzlich bestehende oder wenigstens zugelassene Rechtslagen für den Adressaten aktualisieren, eine solche aktualisierte Rechtslage des Adressaten ändern, ihm eine derartige Aktualisierung verweigern, oder dass er subjektive Privatrechte begründen, vernichten und beschränken könne.[2]

Meines Erachtens besteht zwischen diesen beiden scheinbar verschiedenen Auffassungen bloss der äusserliche Unterschied, dass Giacometti ausdrücklich darauf hinweist, ein Verwaltungsakt könne immer nur aufgrund von Gesetzesbestimmungen ergehen, während Forsthoff dies stillschweigend voraussetzt.[3] Der gestaltende Verwaltungsakt begründet also Rechtsverhältnisse, welche potentiell schon vorhanden, nämlich im Gesetz vorgesehen sind. Sie werden durch den Verwaltungsakt im Einzelfall begründet, respektive aktualisiert.

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 209.
2) Vgl. Giacometti, Allemeine Lehren, S. 349.
3) Es wird ja von einer Kategorie von Verwaltungsakten gesprochen. Verwaltungsakte sind aber per definitionem ohnehin Akte der Rechtsanwendung im weitesten Sinne.

1.4.1. Wesen der Polizeierlaubnis

Eine Polizeierlaubnis ist immer dann erforderlich, wenn ein beabsichtigtes Tun grundsätzlich unter Erlaubnisvorbehalt verboten ist, d.h. wenn aus polizeilichen Gründen zuerst untersucht werden muss, ob der beabsichtigten Tätigkeit keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen.[1] Ein solches Hindernis kann auch darin bestehen, dass bestimmte gesetzliche Voraussetzungen nicht erfüllt sind.[2] Mit der Polizeierlaubnis wird also in denjenigen Fällen, in denen eine polizeiliche Kontrolle aus Gründen des öffentlichen Wohles gesetzlich vorgeschrieben ist, festgestellt, dass einem bewilligungspflichtigen Vorhaben in öffentlich-rechtlicher Hinsicht[3] nichts entgegenstehe.[4] Die Polizeierlaubnis steht somit dem feststellenden Verwaltungsakt recht nahe.[5]

Während sich der feststellende Verwaltungsakt - wie es der Name besagt - auf die blosse Feststellung eines konkreten Rechtszustandes beschränkt, kommt bei der Polizeierlaubnis zur Feststellung die oben erwähnte Aktualisierung eines potentiell möglichen Rechtsverhältnisses als Hauptfunktion hinzu.

---

1) BGE 80 I 69, 405; 87 I 424; 90 I 96; ZBl 68 (1967), S. 22; 69 (1968), S. 431; MBVR 64, S. 316.

2) Vgl. Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 351.

3) Ausnahmsweise sieht das Gesetz auch die Ueberprüfung privatrechtlicher Belange durch die Bewilligungsbehörde vor. So z.B. in Art. 84 Baugesetz des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972, wo die Ueberprüfung der Immissionsfrage nach Art. 684 ZGB der Bewilligungsbehörde übertragen wird.

4) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 195.

5) Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 564.

1.4.2. Abgrenzung zur Konzession

Im Gegensatz zur Polizeierlaubnis, die fast ausnahmslos zu den Verwaltungsakten gezählt wird,[1] herrscht bezüglich der Rechtsnatur der Konzession darüber Uneinigkeit,[2] ob sie ebenfalls ein reiner Verwaltungsakt oder ein Vertrag oder eine Mischform sei.

Das Bundesgericht neigt in letzter Zeit zur Auffassung, bei der Konzession handle es sich grundsätzlich um einen Verwaltungsakt; sie könne aber auch vertragliche Elemente enthalten.[3]

Ihrem Wesen nach steht die Konzession insofern der Polizeierlaubnis nahe, als dem Konzessionär durch die Konzession ebenfalls ein Recht verliehen wird, das auszuüben, ihm ohne Konzession grundsätzlich verboten wäre.

Im Unterschied zur Polizeierlaubnis wird jedoch mit der Konzession durch ein öffentliches Gemeinwesen dem Konzessionär die Bewilligung erteilt, ein Recht auszuüben, über welches das Gemeinwesen monopolistisch verfügt.[4]

Da das Gemeinwesen das zu verleihende Recht als Monopol innehat, kann es grundsätzlich auch frei darüber verfügen. Erfüllt der um die Konzession Nachsuchende die nötigen Voraus-

---

1) Vgl. dazu die Literaturübersicht bei Saladin, Widerruf, S. 185.
2) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 144 f.
3) BGE 80 I 246; 95 I 250; 96 I 288; 96 I 554. In BGE 53 I 87 und 71 I 196 wird die Konzession noch als reiner Verwaltungsakt bezeichnet; in BGE 57 I 334 f. wird das durch eine Konzession begründete Rechtsverhältnis bereits einem durch Vertrag begründeten verglichen. Aehnlich auch in BGE 65 I 302, wobei hier deutlich zum Ausdruck kommt, dass gewisse Konzessionen eindeutig in einen als Verwaltungsakt und einen als öffentlich-rechtlichen Vertrag ausgebildeten Teil aufgegliedert werden können. Vgl. dazu Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 203 ff.
4) Vgl. hierzu und zum folgenden Grisel, Droit administratif, S. 143.

setzungen, steht es dem Gemeinwesen immer noch frei, ob es die Konzession erteilen will. Ein Anspruch auf die Erteilung besteht nicht.[1)]

Mit der Konzession erhält der Konzessionär ein neues Recht, das vorher einzig dem Gemeinwesen zustand und auf das im Gegensatz zu dem durch die Polizeierlaubnis aktualisierten Recht kein potentieller Anspruch bestanden hatte.

Ein weiterer Unterschied zur Polizeibewilligung offenbart sicht in der Rechtswirkung der Konzession: Sie begründet unmittelbar subjektive öffentliche Rechte,[2)] während mit der Polizeibewilligung nach überwiegender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung einzig die Reflexwirkung des objektiven Rechts festgehalten wird.[3)]

---

1) ZBl 62 (1961), S. 344.
2) Vgl. BGE 65 I 290 ff.; Schwarzenbach, Grundriss, S. 100.
3) Vgl. Saladin, Widerruf, S. 185; hinten, S. 39.

2. Der Widerruf von Verwaltungsakten

2.1. RECHTSNATUR DES WIDERRUFS

Gleich wie der Erlass einer Verfügung, ist auch ihr Widerruf ein Verwaltungsakt.[1] Er hat somit dieselben Form-[2] und Inhaltserfordernisse und ist wie andere Verwaltungsakte anfechtbar.[3]

Hangartner bezeichnet den Widerruf zutreffend als "die Beseitigung einzelner oder aller Rechtswirkungen eines Verwaltungsaktes durch einen andern Verwaltungsakt auf gleicher oder benachbarter materiellrechtlicher Grundlage ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens."[4]

Aus dieser Definition ergibt sich ohne weiteres die Abgrenzung zu andern Erlöschungsgründen von Verwaltungsakten. Als Beispiele seien hier bloss genannt der Zeitablauf bei befristeten Verwaltungsakten, die Vollziehung, die Erreichung des Zweckes, sowie das Ersetzen eines mit nebensächlichen Formfehlern behafteten Verwaltungsakts durch einen fehlerfreien, in seiner materiellrechtlichen Wirkung jedoch gleichen Verwaltungsakt.[5] Bei diesen Erlöschungsgründen handelt es sich

1) *Vgl. Saladin, Widerruf, S. 128, mit Verweisungen; BJM 1960, S. 219; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 407; Hangartner, Widerruf, S. 15.*
2) *Dies will allerdings nicht besagen, dass die spezielle Form des widerrufenden Verwaltungsaktes mit derjenigen des durch ihn widerrufenenen übereinstimmen muss.*
3) *Vgl. Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 1. Auflage, S. 102, mit Hinweisen auf Art. 5 lit. a) und c) VwG und Art. 101 lit. d) OG.*
4) *Hangartner, Widerruf, S. 15.*
5) *Vgl. Haueisen, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, in NJW 1954, S. 1425.*

entweder nicht um Verwaltungsakte oder aber um solche, die keine Aenderung des durch den erloschenen Verwaltungsakt erzeugten Rechtsverhältnisses bewirken.

Ausdrücklich muss die Definition erwähnen, dass Aenderungen von Verwaltungsakten im Rechtsmittelverfahren nicht dem Begriff des Widerrufs entsprechen, da der Widerruf in einem an keine Form gebundenen, grundsätzlich jederzeit möglichen Verfahren ergehen kann.

Laut Definition kann der Widerruf ergehen auf "gleicher, oder benachbarter materiellrechtlicher Grundlage". Es ist also in jedem Falle unerlässlich, dass der Verwaltungsakt mit Widerrufswirkung auf einer materiellrechtlichen Grundlage basiert, die dem gleichen Rechtsbereich entstammt wie die zu widerrufende Verfügung.

Dabei kann der Widerruf sowohl durch einen Verwaltungsakt bewirkt werden, der speziell zu diesem Zweck erlassen wird und als einziges Ziel die Aufhebung des zu widerrufenden Verwaltungsaktes hat, als auch durch eine Verfügung, welche durch die Schaffung eines neuen Rechtsverhältnisses das alte ganz oder teilweise aufhebt. Im ersten Fall kann von Widerruf im formellen, im letztern von Widerruf im materiellen Sinn gesprochen werden.[1)]

---

1) Hangartner, Widerruf, S. 17 f.

2.2. WIDERRUF UND LEGALITÄTSPRINZIP

Eine wichtige Folgerung, welche sich aus der Erkenntnis, dass es sich beim Widerruf um einen Verwaltungsakt handelt, ergibt, ist jene, dass der Widerruf dem Legalitätsprinzip untersteht. Giacometti führt aus: "Der Widerruf eines Verwaltungsaktes muss im Rechtsstaate ebenfalls irgendwie durch Rechtssätze zugelassen sein, einen Rechtsanwendungsakt darstellen, bedarf also in gleicher Weise einer Rechtsgrundlage wie der aufzuhebende Verwaltungsakt. Und zwar gilt das für jeden Widerruf von Verwaltungsakten und nicht nur für die Beseitigung von begünstigenden Verfügungen, obwohl vom Standpunkte des Einzelnen aus betrachtet lediglich die Unwiderruflichkeit begünstigender Verwaltungsakte praktische Bedeutung besitzt."[1] Er vertritt die Auffassung, der Widerruf müsse entweder summarisch normiert (was allerdings eher selten der Fall sei) oder dann in der jeweilig zutreffenden Spezialgesetzgebung verankert sein.[2] Je nachdem, ob das Gesetz den Widerruf dem Ermessen der ausführenden Behörde anheimstelle oder ob die Interessenabwägung schon durch den Gesetzgeber abschliessend vorgenommen worden sei, bestehe die Möglichkeit oder die Pflicht zum Widerruf. Bestünden keine Gesetzesnormen, die den Widerruf regelten, so hänge es von der Auslegung des den Verwaltungsakt determinierenden Rechtssatzes ab, ob der Verwaltungsakt widerrufen werden könne oder nicht.[3]

Giacometti vertritt somit zusammen mit Merkl,[4] Burckhardt,[5]

---

1) Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 407.
2) Vgl. dazu und zum folgenden Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 410 ff.
3) Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 415.
4) Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, S. 207.
5) Burckhardt, Organisation, S. 76.

Fleiner,[1] Roos[2] und anderen[3] die Auffassung, dass in strenger Anwendung des Legalitätsprinzips der Widerruf eines Verwaltungsakts nicht einfach unter Berufung auf das öffentliche Interesse schlechthin, sondern nur unter Berufung auf ein im positiven Recht oder in allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen fundiertes öffentliches Interesse vorgenommen werden könne.

2.3. PRAXIS DES BUNDESGERICHTS

Das Bundesgericht folgt in seiner Praxis seit längerer Zeit der Interessenabwägungstheorie. Erstmals brachte es dies in seinem Entscheid 56 I 196 zum Ausdruck, in dem es den in späteren Entscheiden[4] immer wieder zitierten Grundsatz aufstellte: "Es entspricht dem zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts und der Natur der öffentlichen Interessen, dass ein Verwaltungsakt, der dem Gesetz nicht oder nicht mehr entspricht, nicht unabänderlich ist. Auf der andern Seite kann es ein Gebot der Rechtssicherheit sein, dass ein administrativer Entscheid, der eine Rechtslage festgestellt oder begründet hat, nicht nachträglich wieder in Frage gestellt werde. Ob eine Verfügung von der Behörde, weil materiell rechtswidrig, zurückgenommen oder abgeändert werden kann, hängt daher, soweit nicht positive gesetzliche Bestimmungen vorliegen, ..., von einer Abwägung jener beiden sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte ab, dem Postulat der richtigen

---

1) Fleiner, Institutionen, S. 199 ff.
2) Roos, in ZBJV 86 (1950), S. 427.
3) Vgl. Verweisungen bei Roos, ZBJV 91bis, S. 128, Anm. 5.
4) BGE 63 I 38; 74 I 444 E. 5; 75 I 287 E. 3; 78 I 407; 79 I 6; 80 II 162; 83 I 5; 83 I 325 E. 4; 84 I 11; 88 I 227 E. 1; 89 I 133/4; 89 I 434; 91 I 94; 93 I 396; 94 I 343 E. 6; 97 I 753; 98 Ia 249; 99 Ib 340/553; ZBl 67 (1966), S. 76 ff.

Durchführung des objektiven Rechts auf der einen und den Anforderungen der Rechtssicherheit auf der andern Seite."

Das Bundesgericht stellt demnach das dem Legalitätsprinzip entspringende Interesse an der Vorherrschaft des geltenden Rechts ("Postulat der richtigen Durchführung des objektiven Rechts ...") und das Vertrauen des Adressaten in den Bestand einer einmal ergangenen Verfügung ("... Anforderungen der Rechtssicherheit ...") einander gegenüber und wägt diese beiden Postulate gegeneinander ab.

Seine Praxis stützt sich auf Burckhardt[1] und Fleiner[2]. Saladin[3] wirft allerdings der Bundesgerichtspraxis vor, sie folge nur scheinbar der Ansicht Burckhardts, der die Meinung vertreten hat, es ergebe sich nicht aus der formellen Natur des Verwaltungsakts, ob er abänderlich oder unabänderlich sei, sondern aus dem Gewicht der sich gerade gegenüberstehenden Interessen. Derselbe Akt könne einmal - den Umständen entsprechend - abänderlich sein, das andere Mal nicht.[4] Das Bundesgericht nehme in den meisten Fällen nicht eine Interessenabwägung für den konkreten Einzelfall vor, sondern verwende aufgrund der Erfahrung ermittelte "Normal-" oder "Durchschnittsinteressen".[5] Solange solche aber nicht gesetzlich verankert seien, könne es unmöglich zulässig sein, sie als gleichwertige Alternative dem Legalitätsprinzip entgegenzustellen. Sind sie jedoch gesetzlich verankert, so handle es sich nurmehr um einen Interessenwiderstreit innerhalb des Legalitätsprinzips, um eine eigentliche Gesetzeskonkurrenz. Der Rechtsanwender habe dann einfach zu entscheiden, welcher der beiden Rechtssätze im konkreten Fall anzuwenden sei.[6]

---

1) Burckhardt, Organisation, S. 61 ff.
2) Fleiner, Institutionen, S. 199 ff.
3) Saladin, Widerruf, S. 36 ff., 89 ff., 130 ff.
4) Burckhardt, Organisation, S. 73 ff.
5) Saladin, Widerruf, S. 91.
6) Saladin, Widerruf, S. 131.

Grundsätzlich ist diese Ueberlegung in sich folgerichtig.[1] Ob der Vorwurf an die Adresse des Bundesgerichts allerdings zu Recht besteht, erscheint nicht ohne weiteres plausibel. Da eine dahingehende Untersuchung für die vorliegende Arbeit jedoch ohne Belang wäre, soll sie hier unterbleiben.

Der oben zitierte bundesgerichtliche Grundsatz der Interessenabwägung weist darauf hin, dass eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Postulate der richtigen Durchführung des objektiven Rechts und der Rechtssicherheit nur in Frage kommt, "... soweit nicht positive gesetzliche Bestimmungen vorliegen ...", also nur dort, wo keine abschliessende gesetzliche Widerrufsregelung besteht.[2]

Versteht man den bundesgerichtlichen Grundsatz somit in der Weise, dass nur dann, wenn den spezialgesetzlichen Vorschriften nichts über den Widerruf entnommen werden kann in allgemeineren und übergeordneten Rechtssätzen nach Anhaltspunkten gesucht wird und wenn auch diesen nichts zu entnehmen ist, der aktuell gewordene Einzelfall aufgrund von Rechtsgrundsätzen untersucht wird, die entweder positiviert oder der Rechtsordnung stillschweigend immanent sind,[3] erscheint mir das Legalitätsprinzip beim Widerruf in keiner Weise verletzt zu werden. Es muss - wie dies bei der Gesetzesanwendung allgemein anerkannter Lehre und Praxis entspricht - der Behörde sogar möglich sein, im Rahmen pflichtgemässen Ermessens nach übergeordneten Rechtsgrundsätzen zu entscheiden, wenn eine unechte Gesetzeslücke vorliegt; dann also, wenn die Anwendung der positiven Gesetzesbestimmung zu einem Resultat füh-

---

1) Selber teile ich diese Auffassung nicht, da die Interessenabwägung m.E. Gegenüberstellung von an sich gleichwertigen öffentlichen Interessen ist. Vgl. hinten, S. 76.

2) Ob die Regelung von Art. 58 BauG abschliessend ist, wird hinten, S. 63 ff. und 91 untersucht.

3) Vgl. Hangartner, in ZBl 62 (1961), S. 172.

ren würde, das den Grundwerten der Rechtsordnung widersprechen würde.[1] Ebenso widerspricht es nicht dem Legalitätsprinzip, wenn durch Lehre und Rechtsprechung im Laufe der Zeit gewisse Regeln erarbeitet werden, die, "sei es für ganze Kategorien von Verwaltungsakten, sei es für einzelne Akte", bestimmen, "ob ein Zurückkommen seitens der Behörde zulässig ist."[2] Diese Regelbildung verstösst solange nicht gegen das Legalitätsprinzip, als sie subsidiär gehandhabt wird. In jedem Fall muss untersucht werden, ob nicht andere, möglicherweise positivrechtliche Bestimmungen zur Anwendung kommen oder ob der zu untersuchende Fall aus andern Gründen nicht unter die Regel zu subsumieren ist.[3] [4]

---

1) Diese Meinung vertritt auch Saladin, Widerruf, S. 154.

2) BGE 56 I 194.

3) Vgl. Hangartner, ZBl 62 (1961), S. 173; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 418.

4) Bei diesen Regeln wird normalerweise eine Dreiteilung vorgenommen. Man gliedert die Verwaltungsakte in die folgenden drei Kategorien:

- *beschränkt widerrufbare*
- *grundsätzlich frei widerrufbare*
- *grundsätzlich unwiderrufbare.*

Als frei widerrufbar gelten jene Verwaltungsakte, die bei blossem Meinungswandel der Behörde, als beschränkt widerrufbar jene, die nur bei Vorliegen besonderer Gründe widerrufen werden können. Hangartner (ZBl 62 (1961), S. 174 ff.) rechnet zu den beschränkt widerrufbaren Verwaltungsakten die Polizeierlaubnis, die feststellenden Verwaltungsakte, einige wenige Genehmigungen, gewisse Ausnahmebewilligungen, sowie die förmlich entstandenen Verwaltungsakte. Als grundsätzlich unwiderruflich bezeichnet er neben Akten, die unmittelbar und selbständig subjektive Rechte begründen, die entscheidmässigen Verwaltungsakte und die meisten Genehmigungen. Für grundsätzlich frei widerruflich hält er die belastenden Verwaltungsakte, die gebietenden und verbietenden und die provisorischen Verwaltungsakte, sowie die meisten Ausnahmebewilligungen. Imboden (Verwaltungsrechtsprechung, S. 170 ff.) nennt ebenfalls einige Regeln, die aber nicht vollumfänglich mit Hangartner übereinstimmen. So bezeichnet er beispielsweise die Feststellungsentscheide als im allgemeinen unwiderruflich.

Giacometti (Allgemeine Lehren, S. 421 f.) wiederum rechnet die belastenden Verwaltungsakte nicht ohne weiteres zu den frei, sondern eher zu den beschränkt widerruflichen.

Es zeigt sich schon an diesen Beispielen, dass die Regelbildung problematisch ist. Von einer einheitlichen Lehrmeinung kann nur selten gesprochen werden. Insbesondere weist jede der genannten Regeln Ausnahmen auf.

Wie uns gerade das Beispiel von Art. 58 des bernischen Baugesetzes zeigt, hat die Regelbildung im Rahmen der Interessenabwägungstheorie in der positivrechtlichen Behandlung des Widerrufsproblems ihren Niederschlag gefunden. Viele der in Lehre und Praxis herausgebildeten Regeln sind heute im positiven Recht verankert.

Gerade dies deutet darauf hin, dass die Regelbildung als Hilfsmittel zwar zulässig ist, dass aber in jedem Widerrufsfall untersucht werden muss, ob die Regel tatsächlich auf ihn anzuwenden ist oder ob den besondern Umständen entsprechend andere Vorschriften oder Grundsätze vorgehen.

Zweiter Teil

WIDERRUF DER BAUBEWILLIGUNG

3. DIE BAUBEWILLIGUNG

3.1. RECHTSNATUR

Die Baubewilligung ist eines der typischsten und am häufigsten zitierten Beispiele einer Polizeierlaubnis.[1)]

Die Tatsache, dass Bauten und Anlagen nur mit Bewilligung der Baubewilligungsbehörde errichtet werden dürfen,[2)] wirkt sich praktisch als allgemeines Bauverbot mit Erlaubnisvorbehalt aus. Im rechtlichen Sinn ist sie allerdings eine Schranke, die der Ausübung eines aus Art. 22ter BV fliessenden Eigentumsrechtes[3)] entgegensteht.[4)]

Im Baubewilligungsverfahren wird überprüft, ob das Bauvorhaben den polizeilichen Vorschriften genügt, womit das Risiko der Polizeiwidrigkeit bei der Auswertung des Eigentumsrechtes möglichst niedrig gehalten wird.[5)] Ergibt die Prüfung,

1) *Grisel, Droit administratif, S. 213; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 352; Schwarzenbach, Grundriss, S. 162; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 562; Fleiner, Institutionen, S. 406.*
2) *Vgl. Art. 1 BauG.*
3) *Buser, in ZBl 45 (1947), S. 60 f.*
4) *Fleiner, Institutionen, S. 410.*
5) *Saladin, Widerruf, S. 186; BGE 94 I 344.*

dass die polizeirechtlichen Voraussetzungen - wenigstens soweit sie zum vorneherein überprüft werden können - durch das Bauvorhaben erfüllt werden und dieses somit keinen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen widerspricht, ist die Bewilligungsbehörde verpflichtet, die Baubewilligung zu erteilen, d.h. das dem Bauwilligen grundsätzlich zustehende Recht auf Ausübung seines Eigentums zu aktualisieren.[1)]

3.2. RECHTSWIRKUNG

Mit Erteilung der Baubewilligung erhält der Adressat das Recht, sein Bauvorhaben auszuführen. Wie weiter vorne[2)] bereits erwähnt, steht ihm damit nicht ein subjektives öffentliches Recht dem Gemeinwesen gegenüber zu.[3)] Vielmehr wird der Adressat mit Erteilung der Bewilligung aktiver Nutzniesser des ihm als allgemeiner Anspruch zustehenden Rechtes: er kommt in den Genuss der "Reflexwirkung" des objektiven Rechts.[4)] Stünde ihm ein subjektives öffentliches Recht zu, so müsste ihm das objektive Recht genau umschriebene Ansprüche dem Gemeinwesen gegenüber verleihen, die er wie ein Gläubiger dem in der Rolle des Schuldners stehenden Gemeinwesen

---

1) Vgl. Art. 2 BauG; vorne S. 27.

2) Vgl. vorne S. 29.

3) Vgl. ZBl 64 (1963), S. 463 ff., wo sowohl der durch Urteil der Staatsrechtlichen Kammer des Bundesgerichtes vom 13. Februar 1963 aufgehobene Entscheid des Regierungsrates von Zug, wie der BGE selber teilweise wiedergegeben sind. Während im Regierungsratsentscheid ausgeführt wird, die Baubewilligung begründe subjektive Rechte (E. 9, S. 466), wird eine solche Rechtswirkung der Baubewilligung im BGE (E. 4, S. 468) ausdrücklich verneint; ebenso 91 I 96; 90 I 13; MBVR 72 (1974), S. 216; MBVR 64 (1966), S. 315. Dagegen: BGE 78 I 407.

4) Vgl. dazu und zum folgenden Fleiner, Institutionen, S. 172; Grisel, Droit administratif, S. 317 ff., insbesondere S. 320.

gegenüber geltend machen könnte. Dies trifft indessen nicht zu, da das Gemeinwesen bei der Prüfung des Baugesuchs und der Erteilung der Baubewilligung nicht als Schuldner in Erscheinung tritt, sondern im öffentlichen Interesse darüber wacht, dass der Gewaltunterworfene ein ihm grundsätzlich zustehendes Recht nicht missbraucht oder überschreitet. Diese Kontrollfunktion des Gemeinwesens dauert nach Erteilung der Baubewilligung an, indem deren Einhaltung auch bei der Ausführung des Bauvorhabens überprüft wird.[1)]

3.3. ARTEN DER BAUBEWILLIGUNG

Das Bewilligungsdekret sieht je nach Ausmass des Bauvorhabens zwei verschiedene Baubewilligungsarten vor: die ordentliche und die kleine Baubewilligung. Bei unklarer Rechtslage kann im Einverständnis mit der Gemeindebehörde grundsätzlich beiden Baugesuchen ein generelles Baugesuch vorangeschickt werden. In der Praxis beschränkt sich dieses Vorgehen normalerweise auf Bauvorhaben grösseren Ausmasses, welche eine ordentliche Baubewilligung erheischen.

3.3.1. Ordentliche Baubewilligung

Gemäss Art. 4 und 5 BewD bedürfen die Neuanlage, Erweiterung, Aenderung und der Abbruch von Gebäuden, Gebäudeteilen und anderen baulichen Anlagen sowie bestimmte Terrainveränderungen

---

1) Vgl. Art. 60 und 61 BauG.

und das Aufstellen von campingartigen Wohneinrichtungen ausserhalb eines bewilligten Campingplatzes für mehr als drei Monate pro Kalenderjahr einer Baubewilligung. Mit Ausnahme der in Art. 9 Abs. 1 BewD genannten, erfordern diese Bauvorhaben eine ordentliche Baubewilligung. Einzureichen sind alle Baugesuche bei den Gemeindebehörden.[1] Je nach Gegenstand des Baugesuchs ist anschliessend die Gemeindebehörde selber, der Regierungsstatthalter oder die kantonale Baudirektion Bewilligungsbehörde. Ordentliche Bewilligungsbehörde ist der Regierungsstatthalter.[2] In Gemeinden, die nach dem Ergebnis der letzten offiziellen Volkszählung mehr als 10'000 Einwohner aufweisen oder denen die Baudirektion die Bewilligungskompetenz übertragen hat, erteilt jedoch die Gemeindebehörde selber die Baubewilligungen für alle Bauvorhaben, welche die Bestimmungen des Baureglementes, des Zonenplans und allfälliger Sonderbauvorschriften einhalten.[3] Ausgenommen sind die in Art. 8 Abs. 3 BewD genannten Fälle, die durch kantonale Behörden bewilligt werden.[4] Die kantonale Baudirektion schliesslich entscheidet über die Bewilligung von Ablagerungsstellen für ausgediente Fahrzeuge, Maschinen und Geräte.[5]

Das ordentliche Baubewilligungsverfahren gliedert sich in drei Verfahrensabschnitte. In der ersten Phase, die sich vor den Gemeindebehörden abspielt, erfolgt die Baueingabe,[6] die vorläufige Prüfung des Gesuchs,[7] die Publikation des des Gesuchs[8] und das Einsprache- sowie das Rechtsverwah-

---

1) Art. 10 Abs. 1 BewD.
2) Art. 7 Abs. 2, Satz 1 BewD.
3) Art. 8 Abs. 1 und 2 BewD.
4) Zaugg, Kommentar, S. 214, N. 2 zu Art. 53 BauG.
5) Art. 7 Abs. 3 BewD.
6) Art. 10 bis 16 BewD.
7) Art. 17 und 18 BewD.
8) Art. 19 bis 22 BewD.

rungsverfahren.[1] Anschliessend prüft die jeweils zuständige Bewilligungsbehörde Baugesuch und Einsprachen und fällt den Entscheid über Erteilung oder Verweigerung der Baubewilligung.[2] Die dritte Phase umfasst das ordentliche Rechtsmittelverfahren, in welchem der Bauentscheid mit Baubeschwerde an den Regierungsrat weitergezogen werden kann.[3] Die ordentliche Baubewilligung ist auf ein Jahr befristet.[4] Sie erlischt, wenn innerhalb eines Jahres seit ihrer Erteilung mit der Ausführung des Bauvorhabens[5] nicht begonnen wurde, wobei ein Prozess, der den Baubeginn verzögert, die Frist ruhen lässt.[6] Aus wichtigen Gründen kann die Frist angemessen verlängert werden.[7]

3.3.2. Kleine Baubewilligung

Für unbedeutende Bauvorhaben regelt das BewD in Art. 9 Abs. 1 ein vereinfachtes Baubewilligungsverfahren,[8] das mit der sog. "kleinen Baubewilligung" seinen Abschluss findet. Für die Erteilung der kleinen Baubewilligung ist die Gemeindebehörde zuständig.[9] Als Gegenstand dieses Baubewilligungsverfahrens nennt Art. 9 BewD die Erstellung und Erweiterung von Hochbauten, deren Baukostensumme Fr. 50'000.- nicht übersteigt,[10]

1) *Art. 23 bis 27 BewD.*
2) *Art. 28 bis 34 BewD.*
3) *Art. 35 bis 37 BewD.*
4) *Art. 40 BewD.*
5) *Zum Baubeginn vgl. hinten S. 92 ff.*
6) *Art. 40 Abs. 1 BewD.*
7) *Art. 40 Abs. 2, Satz 1 BewD.*
8) *Art. 20 BewD.*
9) *Art. 9 Abs. 2 BewD.*
10) *Art. 9 Abs. 3 lit. a BewD. Die massgebende Kostensumme wird errechnet aus den Gesamtbaukosten einschliesslich der Projektierungskosten, aber ohne Erschliessungs- und Landkosten und Bauzinsen (Art. 156 Abs. 1 BauVo).*

die wesentliche Aenderung der in Art. 4 Abs. 1 BewD genannten Bauten und Anlagen,[1] die Fahrnisbauten,[2] die Errichtung oder Erweiterung von Campingplätzen, das Aufstellen von mobilen Wohnheimen, Wohnwagen, Zelten und dergleichen,[3] Terrainveränderungen[4] und Bauplatzinstallationen ausserhalb des Baugrundstücks.[5] Unabhängig von der Baukostenlimite sind aber auch diese Bauvorhaben im ordentlichen Bewilligungsverfahren zu behandeln, wenn es sich um selbständige Wohnbauten handelt,[6] das Bauvorhaben wesentliche öffentliche Interessen berührt[7] oder mit einem andern zusammenhängt, das im ordentlichen Verfahren zu behandeln ist.[8]

Die Veröffentlichung des Baugesuchs ist - im Gegensatz zum ordentlichen Bewilligungsverfahren - nur dann notwendig, wenn allgemeine Interessen berührt werden. Ist der Kreis der in ihren geschützten Interessen berührten Personen auf die Nachbarn beschränkt, so genügt es, deren Zustimmung entweder ausdrücklich durch Aufforderung zur Vernehmlassung oder stillschweigend durch das Ansetzen einer Einsprachefrist einzuholen.[9]

Die kleine Baubewilligung ist - ebenso wie die ordentliche - auf ein Jahr befristet.

---

1) Art. 9 Abs. 1 lit. b) BewD.
2) Art. 9 Abs. 1 lit. c) BewD.
3) Art. 9 Abs. 1 lit. d) BewD.
4) Art. 9 Abs. 1 lit. e) BewD.
5) Art. 9 Abs. 1 lit. f) BewD.
6) Art. 9 Abs. 3 lit. b) BewD.
7) Art. 9 Abs. 3 lit. d) BewD.
8) Art. 9 Abs. 3 lit. c) BewD.
9) Art. 20 Abs. 1 und 2 BewD.

3.3.3. Generelle Baubewilligung

Anders als die ordentliche oder kleine ist die generelle Baubewilligung eine zwar formell selbständige aber materiell nicht abschliessende Bewilligung. Sie wird im Sinne einer Vorabklärung der Rechtslage im Hinblick auf das ordentliche Baubewilligungsverfahren eingeholt. Das generelle Baugesuch soll ermitteln, ob das Bauvorhaben grundsätzlich zulässig ist oder ob es aus grundlegenden Erwägungen abgewiesen werden muss. Es soll den Bauherrn vor unnötigem Aufwand für die Detailprojektierung bewahren.[1] In diesem Sinne bildet die generelle Baubewilligung den Abschluss einer ersten Planungsphase, welche der, auf die definitive Baubewilligung ausgerichteten, detaillierten Ausarbeitung und Einreichung des vollständigen Bauprojektes vorausgeht.

Das generelle Baugesuch beschränkt sich normalerweise auf die Einordnung eines einzelnen Bauwerks oder einer ganzen Ueberbauung in die Umgebung bezüglich Lage und äusserer Gestaltung, sowie die Erschliessung der Baugrundstücke mit Strassen, Zufahrten, Abwasseranlagen, Wasser und Energie.[2] Das Bewilligungsverfahren richtet sich im wesentlichen nach den für ordentliche Baugesuche geltenden Bestimmungen.[3] Bindende Wirkung für die Behörden hat die generelle Baubewilligung nur, wenn das eigentliche Baugesuch innert sechs Monaten seit ihrer Erteilung eingereicht wird.[4] Diese Frist sollte meiner Meinung nach bei gleichbleibenden Verhältnissen in Analogie zu Art. 40 Abs. 2 BewD angemessen erstreckt werden können, wenn der Bauherr nachweist, dass sich die Einreichung

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 215, N. 4.
2) Art. 43 Abs. 1 BewD.
3) Art. 43 Abs. 2 BewD.
4) Art. 43 Abs. 3 BewD.

des Baugesuchs aus wichtigen Gründen verzögert hat.[1)]

Das generelle Baugesuch kann nur mit Zustimmung der Gemeindebehörde eingereicht werden.[2)]

Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens sind weitere Bewilligungen zu erwähnen, die im Zusammenhang mit einer ordentlichen oder einer kleinen Baubewilligung erteilt werden. Es sind dies die Ausnahmebewilligung,[3)] die Bewilligung zum vorzeitigen Baubeginn,[4)] die Bewilligung von Projektänderungen[5)] sowie die besonderen Bewilligungen,[6)] die bei gewissen Bauvorhaben neben der Baubewilligung erforderlich sind. Besonderer Erwähnung bedarf hier die Ausnahmebewilligung.[7)]

3.3.4. Ausnahmebewilligung

Die Ausnahmebewilligung ermöglicht dem Bauherrn, beim Vorliegen wichtiger Gründe mit seinem Bauvorhaben von einzelnen Bauvorschriften abzuweichen,[8)] sofern dadurch keine öffent-

---

1) Fraglich bleibt auch, ob die Bewilligungsbehörde nach ungenutztem Ablauf der Frist bei der Behandlung des eigentlichen Baugesuchs eine in ihrem freien Ermessen liegende Entscheidung anders treffen darf, als sie dies bei der Behandlung des generellen Baugesuchs getan hat, oder ob sie ihr ehemaliger Entscheid bei gleichbleibenden Verhältnissen als behördliche Auskunft auch weiterhin bindet. Vgl. dazu Gueng, Verbindlichkeit, S. 4 ff.; MBVR 72 (1974), S. 177: Eine Antwort auf eine blosse Voranfrage ist eine Rechtsauskunft, von der nur aus sachlichen Gründen abgewichen werden kann. Gleiches sollte meines Erachtens bei der generellen Baubewilligung gelten.

2) Art. 43 Abs. 1, Satz 1 BewD.

3) Art. 46 bis 50 BauG; Art. 45 BewD.

4) Art. 39 BewD, auch "provisorische Baubewilligung" genannt.

5) Art. 44 BewD.

6) Art. 42 BewD.

7) Vgl. dazu hinten S. 107 ff.

8) Ausnahmebewilligungen besonderer Natur bilden die Sonderbauvorschriften, welche nicht nur einzelne Gesetzesnormen aufheben, sondern für ein ganzes Ueberbauungs- oder Gestaltungsplangebiet Abweichungen von der in der

lichen Interessen beeinträchtigt und keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzt werden, es sei denn, die Beeinträchtigung des Nachbarn könne durch Lastenausgleich kompensiert werden.[1] Je nachdem, ob es sich um eine Ausnahme von Gemeindebauvorschriften oder von kantonalen Bauvorschriften handelt, erteilt die Gemeindebehörde oder die kantonale Baudirektion[2] die Ausnahmebewilligung. Ausnahmen für Fahrnis- und Kleinbauten werden, auch wenn sie kantonale Bauvorschriften betreffen, immer von der Baubewilligungsbehörde selber erteilt.[3] Von den Gemeindebehörden erteilte Ausnahmen bedürfen der Genehmigung der kantonalen Baudirektion, sofern diese die Befugnis nicht der Baubewilligungsbehörde übertragen hat.[4] Zur Erteilung der Ausnahmebewilligung für höhere Häuser oder Hochhäuser, die keiner Sonderbauvorschriften bedürfen, ist regelmässig die Baudirektion zuständig.[5]

Ob wichtige Gründe vorliegen und ob öffentliche Interessen beeinträchtigt werden, ist primär eine Rechtsfrage, die aber der Behörde bereits einen beschränkten Ermessensspielraum gewährt.[6] Jedenfalls bedürfen die beiden Begriffe "wichtige Gründe" und "öffentliche Interessen" der Konkretisierung im Einzelfall.[7]

Stellt die Behörde fest, dass entweder keine wichtigen Gründe

---

baurechtlichen Grundordnung vorgesehenen Bauweise gestatten, indem sie diese durch neue bindende Vorschriften ersetzen. Sie werden oft als "grosse Ausnahme" bezeichnet (Art. 38 ff. BauG). Vgl. dazu Zaugg, Kommentar, S. 176 ff. und 195, N. 3.

1) Art. 46 BauG.

2) Bei Ausnahmen von Vorschriften über das übrige Gemeindegebiet hat die Gewährung der Ausnahme im Einvernehmen mit der kantonalen Landwirtschaftsdirektion zu erfolgen (Art. 47 Abs. 3 BauG).

3) Art. 49 Abs. 1 BauG.

4) Art. 47 Abs. 1 und 2 BauG.

5) Art. 48 BauG.

6) Grisel, Droit administratif, S. 169.

7) Vgl. zur Konkretisierung des "öffentlichen Interesses" hinten, S. 72 ff.

vorliegen oder dass öffentliche Interessen beeinträchtigt werden, kommt nach dem Wortlaut von Art. 46 Abs. 1 BauG eine Ausnahmebewilligung nicht in Frage. Dies gilt bei wörtlicher Interpretation auch dann, wenn bei Vorliegen wichtiger Gründe nur sehr geringfügige öffentliche Interessen tangiert werden. Der Behörde steht es sogar frei, die Ausnahmebewilligung zu verweigern, wenn keine öffentlichen Interessen berührt werden.[1] Eine willkürliche Anwendung dieser Befugnis ist damit aber nicht sanktioniert.[2] Die Formulierung, dass Ausnahmen gewährt werden können, gibt der Bewilligungsbehörde einzig die Möglichkeit, eine eigene Bewilligungspraxis zu gestalten.

3.3.4.1. Grenzen der Bewilligungsfreiheit

Art. 46 BauG setzt der Bewilligungsfreiheit sehr enge Grenzen: Eine Ausnahmebewilligung kann nur erteilt werden, wenn dadurch k e i n e öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Im Grunde genommen beeinträchtigt jedoch jede Erteilung einer Ausnahmebewilligung irgendwelche öffentliche Interessen, da sie öffentlich-rechtliche Vorschriften für den Einzelfall ausser Kraft setzt, welche als formeller Ausdruck des öffentlichen Interesses erlassen worden sind.[3]

Dies wäre jedoch eine allzu formalistische Auslegung von Art. 46 BauG. Es darf nicht ausser acht gelassen werden,

---

1) "... können Ausnahmen ... gewährt werden." (Art. 46 Abs. 1 BauG)

2) Zimmerlin, Bauordnung, S. 29, N. 3. In § 3 der von Zimmerlin kommentierten Bauordnung der Stadt Aarau aus dem Jahre 1959 lautet Abs. 1 denn auch zutreffend: "Der Gemeinderat kann unter billiger Abwägung der beteiligten privaten Interessen und soweit es mit dem öffentlichen Wohl vereinbar ist, Ausnahmen und Abweichungen von den Vorschriften dieser Bauordnung gestatten ..." Vgl. zu den "Kann-Vorschriften" weiter hinten, S. 82 ff.; MBVR 59 (1961), S. 92.

3) Vgl. BGE 40 I 526; ZBl 51 (1950), S. 422.

dass die gesetzliche Regelung der Ausnahmebewilligung ihrerseits Ausdruck eines öffentlichen Interesses ist: Im Baurecht spielt die Ausnahmebewilligung eine äusserst wichtige Rolle. Sie bildet ein Regulativ zwischen den allgemeingültigen Vorschriften und den mannigfaltigen Bedürfnissen der verschiedenen Gebiete, in welchen die Bauvorschriften Anwendung finden. So ist es ausgeschlossen, dass Bauvorschriften jedem Einzelfall gerecht werden. Als ein, diesen Verschiedenheiten Rechnung tragendes Instrument[1] hat die Ausnahmebewilligung somit eine Funktion, welche durchaus im öffentlichen Interesse steht.

Bei der Abklärung der Frage, ob es angezeigt sei, eine Ausnahme zu bewilligen, hat deshalb eine vernünftige Interessenabwägung stattzufinden, welche allerdings berücksichtigt, dass die Ausnahmebewilligung, der einschränkenden Formulierung von Art. 46 BauG folgend, nur zurückhaltend gewährt werden soll. Die Ausnahmebewilligung muss Ausnahme bleiben, sie darf nicht zur Regel werden.

Im weiteren unterliegt die Gestaltung der behördlichen Ausnahmepraxis dem Grundsatz der Rechtsgleichheit. So sind Ausnahmebewilligungen zu erteilen, wenn in analogen Fällen bereits Ausnahmen gestattet worden sind.[2] Umgekehrt hat die Behörde zu berücksichtigen, dass die Erteilung einer Ausnahmebewilligung ein Präjudiz bedeutet und darum oft verweigert werden muss, weil sie in analogen Fällen ungünstige Folgen zeitigen könnte.[3] Der Ermessensspielraum der Behörde liegt demnach im Rahmen einer einheitlichen, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gewährenden Praxis.

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 193 f., N. 2, Vorbemerkungen zu Art. 46 bis 50 BauG.
2) MBVR 60 (1962), Nr. 127.
3) ZBl 66 (1965), S. 324 f.

Heute besteht in der bernischen Praxis die Tendenz, die Ablehnung von Ausnahmegesuchen dann als willkürlich zu betrachten, wenn keine oder nur minime öffentliche Interessen einem von wichtigen privaten Interessen getragenen Ausnahmegesuch entgegenstehen.[1] Diese Schranke gegen eine allzu restriktive Ausnahmepraxis entspricht zwar nicht dem Wortlaut des Gesetzes, rechtfertigt sich aber aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, da in diesen Fällen die Verweigerung der Ausnahmebewilligung als unverhältnismässiger Eingriff in die Eigentumsrechte des Privaten betrachtet werden müsste.

3.3.4.2. Einfluss der Eigentumsfreiheit auf die Ausnahmebewilligung

Im schweizerischen Recht herrscht die Vermutung für die Freiheit des Eigentums vor.[2] Die Eigentumsfreiheit wird nur begrenzt durch die in der Rechtsordnung verankerten Eigentumsbeschränkungen.[3] Eine solche Beschränkung bildet das Baupolizeirecht, welches insbesondere öffentliche, aber auch gewisse private Interessen vor einer allzu extensiven Nutzung der Eigentumsfreiheit des Einzelnen bewahren will. Die Anwendung dieser grundsätzlich in jedem Fall gültigen Vorschriften kann ausnahmsweise zu Resultaten führen, die sinnlos erscheinen, weil die dem Gesuchsteller auferlegten Eigentumsbeschränkungen vom öffentlichen Interesse her weder notwendig noch erwünscht sind. Dadurch entsteht eine unechte Gesetzeslücke.[4] Der Behörde die Möglichkeit zu geben, diese zu schliessen und der Eigentums- beziehungsweise der Baufreiheit den Vorrang zu

---

1) In diesem Sinne Zaugg, Kommentar, S. 199, N. 10 zu Art. 46 BauG. Dagegen Zimmermann, Der Baudispens in der Stadt Zürich, S. 7.
2) Meier-Hayoz, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, Systematischer Teil, N. 197.
3) Fleiner, Institutionen, S. 131.
4) Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 122.

geben, ist letztlich der Sinn der Ausnahmebewilligung. Dementsprechend ist die Verweigerung der Ausnahmebewilligung dann als willkürlich zu bezeichnen, wenn dadurch eine sinnlose oder widersinnige Einschränkung der Eigentumsfreiheit durchgesetzt würde.

4. Grundsätzliches zum Widerruf der Baubewilligung

Im allgemeinen ordnen Lehre und Rechtsprechung die Baubewilligung als Polizeierlaubnis den beschränkt widerrufbaren Verwaltungsakten zu.[1] Sie ist nicht generell unwiderruflich, weil sie dem Adressaten nicht unmittelbar subjektive öffentliche Rechte verleiht.[2] Subjektive Rechte, deren Durchsetzung dem Staat gegenüber dem Privaten garantiert ist, könnte der Staat nicht ohne weiteres wieder entziehen.[3] Würde die

1) *Zimmerlin, Bauordnung, S. 82, N. 6 zu § 13; Gygi, in ZSR 78 (1959), S. 409; Hangartner, in ZBl 62 (1961), S. 174 ff.; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 170; Saladin, Widerruf, S. 187; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 299; Fleiner, Institutionen, S. 413.*
Dagegen Beetschen, Diss., S. 60 f., der die Polizeibewilligung als grundsätzlich frei widerruflich bezeichnet.
BGE 96 I 694 E. 2c; MBVR 65 (1967), S. 145/327.

2) *Vgl. vorne S. 29; MBVR 64 (1966), S. 315, wo gefolgert wird, dass bis zum Baubeginn freie Widerrufbarkeit vorliege, was aus den hinten, S. 75 ff., genannten Gründen nicht vorbehaltlos zutrifft.*

3) *Mit der Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechts steht dessen Inhaber die Macht zu, das ihm durch das Recht garantierte Tun oder Unterlassen auf durchsetzbare Weise zu verlangen (vgl. Hangarnter, in ZBl 62 (1961), S. 194).*

Baubewilligung subjektive Rechte verleihen, könnte der Adressat vom Staat verlangen, sein einmal bewilligtes Bauvorhaben ausführen zu dürfen. Im Baubewilligungsverfahren ist die Behörde aber - wie bereits erwähnt[1] - nur Kontrollorgan. In dieser Funktion ist sie gar nicht fähig, ein subjektives Recht zu verleihen.

Die Aufgabe der Behörde als Kontrollorgan ist mit dem Gewähren der Baubewilligung nicht erfüllt. Sie hat weiterhin die Einhaltung der erteilten Baubewilligung zu überwachen. Als Wahrerin der öffentlichen Interessen muss sie zudem grundsätzlich auf die Bewilligung zurückkommen können, wenn sich herausstellt, dass die Voraussetzungen zur Erteilung der Baubewilligung nie erfüllt waren oder dass sie durch die Aenderung der Verhältnisse bzw. der Rechtslage nicht mehr länger gegeben sind.

Geschah die Erteilung der Baubewilligung zu Recht und bleiben die Verhältnisse unverändert, so darf ebenso wenig auf die Baubewilligung zurückgekommen werden, wie diese hätte verweigert werden dürfen, da der Empfänger einer Polizeibewilligung nach deren Erteilung nicht schlechter gestellt sein darf als vorher.[2] Ein Widerruf der Baubewilligung wegen blosser Meinungsänderung der Behörde ist somit ausgeschlossen.

Auch wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind, behördlicherseits auf eine Baubewilligung zurückzukommen, steht in der Regel das Interesse des Privaten am Fortbestand der Bewilligung einem Widerruf entgegen. Dieses Interesse ist bei Polizeibewilligungen wie der Baubewilligung, die dem Empfänger

---

1) Vgl. vorne S. 40.

2) Vgl. Bühler, in Festgabe Fritz Fleiner, S. 45. Bühler verwendet in seiner Terminologie einen Begriff "Konzession", welcher mit "Polizeierlaubnis" gleichgesetzt werden kann (vgl. a.a.O., S. 42).

ein auf die Zukunft gerichtetes Recht tätig zu werden verleihen, naturgemäss besonders ausgeprägt. Es vergrössert sich zudem im selben Masse, als der Bewilligungsempfänger im Vertrauen auf seine Bewilligung bereits Dispositionen getroffen hat.

Im Rahmen der Regelung im bernischen Baurecht werden wir diesem Problem deshalb besondere Beachtung schenken müssen.[1)]

5. Widerruf gemäss Baubewilligungsdekret vom 9. Februar 1966

§ 23 des Dekretes über das Baubewilligungsverfahren vom 9. Februar 1966 ordnete im Kanton Bern zum erstenmal den Widerruf der Baubewilligung auf kantonaler Ebene in positiv-rechtlicher Weise. Er lautete:

> "Die Bewilligung kann namentlich in folgenden Fällen widerrufen werden:
> a) wenn der Gesuchsteller sie durch unwahre Angaben erwirkt hat;
> b) wenn binnen Jahresfrist seit der Fertigstellung des Baues oder der baulichen Anlage allfällige mit der Bewilligung verbundene Auflagen nicht oder nicht richtig erfüllt worden sind;

---

1) Vgl. hinten S. 99 f.

c) bei schuldhafter Versäumnis der für die Ausführung festgesetzten Frist (§ 29).
Wird die Bewilligung widerrufen, so finden die Bestimmungen des Bauvorschriftengesetzes über die Einstellung der Bauarbeiten und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sinngemäss Anwendung."

Diese Regelung war, wie aus Abs. 1 hervorgeht, nicht abschliessend,[1] sondern wollte nur Richtlinie für ähnliche Widerrufsfälle sein. Dabei fällt auf, dass allen aufgezählten Widerrufsfällen ein pönales Element gemeinsam ist: In lit. a) erfolgt der Widerruf, weil der Bewilligungsempfänger den Irrtum über den wahren Sachverhalt, in welchem sich die Behörde bei der Erteilung der Baubewilligung befand, durch unwahre Angaben verursacht hat. Durch sein bösgläubiges Verhalten hat er den Anspruch auf Schutz seines Interesses am Fortbestand der Baubewilligung verscherzt.[2]

Lit. b) regelt den Widerruf als Sanktion bei Nichterfüllung von ausdrücklichen Auflagen, welche wesentliche Bestandteile der Baubewilligung waren. In lit. c) schliesslich erfolgt der Widerruf wegen schuldhafter Missachtung der Befristung der Baubewilligung.

Lit. b) und c) halten somit eigentlich bloss jene Rechtsfolgen fest, die konkludent bereits als Extremfolgen bei Widerhandlung gegen eine Bewilligung angedroht sind, welche nur bedingt oder befristet oder unter Vorbehalt wesentlicher Auflagen erteilt worden ist.

In der Rechtsprechung wurde allerdings im allgemeinen bereits die weitergehende Praxis des Bundesgerichts befolgt, welche den Widerruf nicht bloss im pönalen Sinn bei schuldhaftem Ver-

---

1) MBVR 65 (1967), S. 327; 68 (1970), S. 263.
2) Vgl. dazu auch BGE 93 I 395: Hat der Bürger einen Fehler, welcher der Behörde unterlaufen ist, selber durch sein Verhalten verursacht, so kann er sich nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben und das Postulat der Rechtssicherheit berufen.

halten des Privaten zuliess.[1)]

Eine allgemeine Regelung des Widerrufs der Baubewilligung im Sinne einer Kodifizierung der Praxis erfolgte somit im Baubewilligungsdekret vom 9. Februar 1966 noch nicht. Dieser Schritt blieb dem Baugesetz vom 7. Juni 1970 vorbehalten.[2)]

6. Widerruf gemäss Baugesetz vom 7. Juni 1970

Im Baugesetz vom 7. Juni 1970 ist die grundsätzliche Regelung des Widerrufs der Baubewilligung in Art. 58 formuliert. Spezielle Vorschriften finden sich in Art. 49 für Fahrnis- und Kleinbauten, deren Errichtung aufgrund einer Ausnahmebewilligung gestattet worden ist und in Art. 50 für Ausnahmebewilligungen, welche unter Vorbehalt des Widerrufs erteilt worden sind.

---

1) MBVR 56 (1958), S. 445 f.; RRB Nr. 6099 vom 1. September 1970.

2) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 236 ff.; die kantonale Baudirektion in ihrem Vortrag vom 4. März 1969 an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates. Wie sich zeigen wird, folgt Art. 58 BauG aber nicht in allen Teilen der bundesgerichtlichen Praxis. Vgl. hinten S. 57.

6.1. WIDERRUF DER ORDENTLICHEN BAUBEWILLIGUNG VOR BAUBEGINN

Die Widerrufsregelung von Art. 58 BauG wird im folgenden anhand der ordentlichen Baubewilligung untersucht. Auf allfällige Besonderheiten der Anwendung auf andere Baubewilligungsarten wird im Anschluss daran einzugehen sein.[1)]

6.1.1. Voraussetzungen

a) Formelle Voraussetzung des Widerrufs ist die Rechtskraft der zu widerrufenden Baubewilligung. Dies ergibt sich aus der Definition des Widerrufs: er beseitigt einzelne oder alle Rechtswirkungen eines Verwaltungsakts.[2)] Da ein Verwaltungsakt erst Rechtswirkung entfaltet, wenn er formell rechtskräftig ist, bedeutet per definitionem jede Abänderung einer nicht rechtskräftigen Baubewilligung keinen Widerruf im eigentlichen Sinne.

b) Die materiellen Voraussetzungen des Widerrufs einer Baubewilligung haben sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt und gefestigt. Zwei dieser Erfordernisse gelten in jedem Fall, andere nur, wenn der Bewilligungsempfänger von seiner Bewilligung bereits Gebraucht gemacht hat.

Immer erforderlich sind die grundsätzlichen Voraussetzungen, dass die Baubewilligung nur widerrufen werden kann, wenn sie im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilt worden ist und öffentliche Interessen ihren Widerruf erheischen.[3)]

---

1) Vgl. hinten S. 104 ff.
2) Vgl. vorne S. 30.
3) Vgl. Art. 58 Abs. 1 Satz 1 BauG.

6.1.1.1. Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

In ständiger Praxis hat das Bundesgericht entschieden, dass ein Verwaltungsakt, der dem Gesetz nicht oder nicht mehr entspricht, nicht unabänderlich sei.[1] Das Bundesgericht macht dabei keinen Unterschied, ob der Verwaltungsakt bereits bei seinem Erlass rechtswidrig war oder ob der Widerspruch durch Aenderung der gesetzlichen Ordnung erst nachträglich eingetreten ist. So wurde beispielsweise ein Entscheid des Regierungsrates von Glarus geschützt, der eine Baubewilligung widerrufen hatte, weil sie der nachträglich geänderten Rechtslage widersprochen hatte.[2] Ebenso hat das Bundesgericht entschieden, dass eine im Widerspruch zu einer nachträglich errichteten Bausperre stehende Baubewilligung habe widerrufen werden dürfen.[3] Eine neue Rechtslage, welche die nachträgliche Widerrechtlichkeit eines Verwaltungsaktes bewirkt, kann aber auch durch Veränderung der äussern Umstände entstehen.[4]

Gleich wie solche Fälle nachträglich eingetretener Rechtswidrigkeit behandelt das Bundesgericht jene, in denen der Widerspruch zum geltenden Recht bereits beim Erlass des Verwaltungsaktes vorlag. Sei es, dass gewisse Vorschriften missachtet oder falsch angewandt wurden[5] oder dass sich die erlassende Behörde im Irrtum über entscheidwesentliche Tatsachen befand.[6]

Das Bundesgericht unterlässt damit die Unterscheidung zwischen Widerruf von ursprünglich und nachträglich rechtswidrigen Verwaltungsakten, welche in der Lehre normalerweise vorgenommen

---

1) MBVR 65 (1967), S. 326; vgl. die Hinweise auf die bundesgerichtliche Praxis, vorne S. 33, Anmerkung 4.
2) BGE 79 I 1 ff.
3) BGE 90 I 12.
4) BGE 86 I 173; 94 I 346.
5) BGE 63 I 117.
6) BGE 56 I 191; 93 I 394.

wird.[1)]

Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Bern sind in älteren Entscheiden dieser bundesgerichtlichen Praxis gefolgt: So wurde eine Baubewilligung an das "Immeurop-Konsortium" als ursprünglich rechtswidrig widerrufen, da das Bauvorhaben von Anfang an gegen die Landschaftsschutzverordnung vom 28. Oktober 1911 verstossen hatte.[2)] Ebenso erklärte es der Regierungsrat als zulässig, dass die Baudirektion aufgrund einer Praxisänderung eine Bewilligung zur Errichtung von zwei Heizöltanks - welche nach alter Praxis zu Recht erteilt worden war - widerrief und durch eine neue Verfügung ersetzte, die den Bewilligungsempfänger wesentlich stärker belastete.[3)]

Auch in der bernischen Praxis war also anerkannt, dass sowohl ein ursprünglich vorhandener, wie ein nachträglich eintretender Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Widerruf der Baubewilligung führen konnte. Es erstaunt deshalb, wenn Art. 58 Abs. 1 BauG bestimmt, dass nur "eine im Widerspruch zu öffentliche-rechtlichen Vorschriften e r t e i l t e Baubewilligung" widerrufen werden kann, wenn öffentliche Interessen es erfordern. Somit sind nur ursprünglich rechtswidrige Baubewilligungen widerrufbar. Eine Baubewilligung, die dagegen zu Recht erteilt worden ist, kann wegen einer späteren Aenderung von Bauvorschriften nicht widerrufen werden; sie wird grundsätzlich unwiderrufbar.[4)] Dies steht in klarem Gegensatz zur erwähnten Praxis des Bundesgerichts.[5)] Sogleich drängt sich hier die Frage auf, ob Art. 58 BauG einen Wider-

---

1) Hangartner, Widerruf, S. 25 f., mit Verweisungen; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 423 ff.; Haueisen, in NJW 1955, S. 1457 ff., 1954, S. 1425 ff.
2) MBVR 65 (1967), S. 326 ff.
3) MBVR 56 (1958), S. 445 ff.: Es handelt sich hier um einen Widerruf im materiellen Sinn durch eine neue Verfügung auf gleicher materiell-rechtlicher Basis. Vgl. dazu die Definition des Widerrufs vorne S. 30 und ZBl 1962, S. 432.
4) Zaugg, Kommentar, S. 237, N. 2.
5) Besonders deutlich in BGE 79 I 1 ff.

ruf auch dann zulässt, wenn die Baubewilligung in Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften ergangen ist und ob er keine Ausnahme vom Grundsatz der Unwiderrufbarkeit einer nachträglich rechtswidrigen Baubewilligung gestattet.

6.1.1.1.1. Widerspruch zu verfahrensrechtlichen Vorschriften

Das Baugesuchsverfahren lässt sich in einen verwaltungsinternen und in einen die Oeffentlichkeit miteinbeziehenden Teil aufgliedern:

Der erste Teil besteht aus dem Baueingabeverfahren[1)] und findet seinen Abschluss mit der vorläufigen Prüfung[2)] der Baugesuchsakten, welche sich in formeller Hinsicht auf die Prüfung von Vollständigkeit und Richtigkeit der Baueingabe beschränkt. In materieller Hinsicht werden offenkundige Widersprüche zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften festgestellt und dem Gesuchsteller mitgeteilt. Dieser hat nun die Wahl, das Baugesuchsverfahren weiterzuführen, das Bauprojekt zu ändern oder nachträglich um Ausnahmebewilligungen nachzusuchen.

Der zweite Teil hat u.a. Publizitätswirkung. Er besteht aus Bekanntmachung und Auflage,[3)] Einsprache- und Rechtsverwahrungsverfahren[4)] und endigt mit dem Bauentscheid.[5)]

Der Vergleich der verschiedenen Verfahrensvorschriften zeigt, dass nicht jede Verletzung einer Vorschrift die Widerrechtlichkeit einer Baubewilligung aus formellrechtlichen Gründen zur Folge haben kann. Akzeptiert die Baubewilligungsbehörde z.B. Projektpläne im Massstab 1:200 statt 1:100 bzw. 1:50,[6)]

---

1) Art. 10 ff. BewD.
2) Art. 17 f. BewD.
3) Art. 19 ff. BewD.
4) Art. 23 ff. BewD.
5) Art. 28 ff. BewD.
6) Vgl. Art. 14 Abs. 1 BewD.

so verhindert dies die korrekte Durchführung eines Baugesuchsverfahrens nicht. Auch materiellrechtliche Mängel des Projekts können in der Folge festgestellt werden. Es handelt sich dabei nur um die Verletzung einer Ordnungsvorschrift, welche keine Widerrechtlichkeit der Baubewilligung aus verfahrensrechtlichen Gründen bewirkt. Irrt sich die Bewilligungsbehörde wegen des zu kleinen Massstabs der Pläne in den Baumassen und bewilligt sie deshalb eine unzulässige Baute, so ist die Baubewilligung nicht wegen Verletzung der fraglichen Ordnungsvorschrift rechtswidrig, sondern wegen des Verstosses gegen die materiellrechtlichen Vorschriften über die zulässigen Baumasse.

Ebenso wenig kann von einer wegen Verfahrensfehlern rechtswidrigen Baubewilligung gesprochen werden, wenn für bestimmte Bauten oder Bauteile keine Baubewilligung eingeholt wurde. Verletzt wurde hier nicht nur eine Ordnungsvorschrift, sondern eine zwingende Verfahrensvorschrift. Diese Fälle sind jenen gleichzustellen, bei denen zwar eine Baubewilligung vorliegt, diese bei Erstellung der Baute aber nicht eingehalten wird. Wir haben es in beiden Fällen mit widerrechtlich erstellten Bauten, nicht aber mit rechtswidrigen Baubewilligungen zu tun. Ein solches Vorgehen des Bauherrn zieht nicht den Widerruf der an sich - soweit vorhanden - rechtmässigen Baubewilligung nach sich, sondern eine baupolizeiliche Massnahme gemäss Art. 60 und 61 BauG: Wenn möglich wird der Mangel einer Baubewilligung nach Einstellung der Bauarbeiten durch Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung behoben. Andernfalls hat die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes - wenn nötig durch Ersatzvornahme - zu erfolgen. Da in diesen Fällen für den widerrechtlich erstellten Teil einer Baute gar keine Baubewilligung vorliegt, sind solche Verstösse gegen verfahrensrechtliche Vorschriften für das Problem der Widerrechtlichkeit einer Baubewilligung nicht von

Belang.

Im Hinblick auf das Problem der Rechtswidrigkeit der Baubewilligung kann sich unsere Prüfung demnach auf die Verletzungen jener verfahrensrechtlichen Vorschriften beschränken, deren Einhaltung unerlässlich ist für ein rechtlich einwandfreies Zustandekommen einer Baubewilligung. Es handelt sich hierbei um die Vorschriften, welche die Verfahrensrechte der von einer Baubewilligung Betroffenen schützen. Also um jene Vorschriften, welche die Beteiligungsmöglichkeit des interessierten Dritten am Verfahren sichern und um diejenigen, welche die Beteiligung jener Behörden regeln, deren Aufgabe es ist, öffentlichen Interessen zum Schutze der Allgemeinheit Nachachtung zu verschaffen.

Diese Vorschriften können in dreifacher Hinsicht verletzt werden:

a) Die Beteiligungsmöglichkeiten Dritter werden beschnitten. Dies kann erfolgen, indem den zur Einsprache oder Rechtsverwahrung Legitimierten die Möglichkeit vorenthalten wird, vom Bauvorhaben Kenntnis zu erhalten oder sich über das Bauvorhaben zu orientieren: Die rechtsgenügliche Bekanntmachung,[1] die Auflage des Baugesuchs und der zugehörigen Pläne[2] unterbleibt, dem Interessenten wird die Einsichtnahme in diese verweigert, die Profilierung[3] erfolgt nicht, ungenau oder nicht rechtzeitig, weder das Rechtsmittel noch dessen Frist werden bekanntgegeben. Diese und ähnliche Verfahrensfehler können dazu führen, dass der Einsprachelegitimierte in Unkenntnis des Bauvorhabens keine Einsprache macht oder seine Einsprache Tatsachen ausser acht lässt, die er wegen des behördlichen Fehlers nicht erkennen konnte.

---

1) Art. 19 ff. BewD.
2) Art. 22 BewD.
3) Art. 16 BewD.

Das Verwaltungsgericht entschied,[1] dass die Einsprachefrist nicht zu laufen beginnt, wenn die Profile während der Publikation und der öffentlichen Auflage nicht stehen. Daraus folgt, dass die erteilte Baubewilligung so lange nicht rechtskräftig wird, als sich der Einsprachelegitimierte nicht anhand des Rohbaus über die Ausmasse des Bauprojektes orientieren kann und Gelegenheit hat, innert Frist Einsprache zu erheben. Mit Siegenthaler[2] bin ich der Auffassung, dass diese Ansicht in diesem Falle zu weit geht, da es dem Einsprachelegitimierten zuzumuten war, während der Einsprachefrist die fehlende Profilierung zu erwirken oder sich anhand der aufgelegten Pläne zu orientieren.[3]

Meines Erachtens kann nur solange der Stillstand der Einsprache- bzw. Rekursfrist angenommen werden, als es dem einspracheberechtigten Dritten in einer, durch Verfahrensfehler entstandenen Situation nicht zuzumuten war, sich über den wahren Sachverhalt zu orientieren. Da in einem solchen Fall die Baubewilligung keine Rechtskraft erlangt, kann sie nicht wegen Rechtswidrigkeit widerrufen werden. Vielmehr müssen gegebenenfalls auch hier baupolizeiliche Massnahmen angewendet werden.

War dem Einsprachelegitimierten dagegen zuzumuten, sich anderweitig zu orientieren, so erlangt die Baubewilligung Rechtskraft. Verstösst sie gegen eine materiellrechtliche Bauvorschrift, so erfolgt ein allfälliger Widerruf - auch wenn diese Rechtswidrigkeit wegen der fehlenden Einsprache nicht entdeckt wurde - nicht aufgrund des verfahrensrechtlichen Mangels, sondern der materiellen Rechtswidrigkeit wegen.

---

1) VGE vom 14. Juli 1969 i.S. Gilbert Juvet.
2) MBVR 68 (1970), S. 259 f.
3) Vgl. RRB, in MBVR 35 (1937), Nr. 43.

b) Der Bewilligungsempfänger unterliess es, die vor Baubeginn beizubringenden besonderen Bewilligungen einzuholen.[1] Eine solche Baubewilligung gilt als unter der Bedingung erteilt, dass der Bewilligungsempfänger die erforderlichen besonderen Bewilligungen einholt. Unterlässt er dies, wird seine Baubewilligung insoweit nicht rechtskräftig, als die fehlende besondere Bewilligung für die Ausführung der Baute unerlässlich ist.[2] Auch hier kommt der fehlenden Rechtskraft wegen nicht der Widerruf eines Teils oder der ganzen Baubewilligung in Frage, sondern es haben allenfalls baupolizeiliche Massnahmen platzzugreifen.

c) Die Baubewilligungsbehörde unterlässt es, eine durch sie beizubringende besondere Bewilligung einzuholen. Sie kann beispielsweise eine Baubewilligung erteilen, ohne die feuerpolizeiliche Bewilligung für einen Garagebetrieb oder die gewässerschutzpolizeiliche Bewilligung für eine im übrigen Gemeindegebiet gelegene Baute einzuholen. Eine solche Baubewilligung erlangt Rechtskraft. Dennoch wird man sie, sobald das Fehlen der entsprechenden Bewilligung festgestellt wird, aus Gründen der Verhältnismässigkeit nicht sogleich widerrufen. Vielmehr erfolgt eine Baueinstellungsverfügung, damit in der Zeit der Baueinstellung nachträglich um die fehlende Bewilligung nachgesucht werden kann.

Wird die Bewilligung erteilt, kann die Baueinstellung aufgehoben werden. Wird sie nicht erteilt, besteht die Mög-

---

1) Art. 33 Abs. 2 lit. e; Art. 42 BewD.

2) Als Beispiel: Hat eine Liegenschaft eine ausreichende Zufahrt, will der Bauherr aber noch eine zweite Zufahrt erstellen, welche eine Brücke über ein öffentliches Gewässer erfordert, so hemmt das Fehlen einer wasserbaupolizeilichen Bewilligung bezüglich der Brücke die Rechtskraft der Baubewilligung für das Gesamtprojekt nur insoweit, als diese sich auf die projektierte Brücke bezieht.

lichkeit, die Baubewilligung zu widerrufen. Von einem Widerruf aufgrund eines Widerspruchs zu verfahrensrechtlichen Vorschriften kann dennoch nicht gesprochen werden, da der Widerruf auch hier aufgrund einer materiellen Widerrechtlichkeit der Baubewilligung erfolgt.

Es zeigt sich demnach, dass ein Widerspruch zu verfahrensrechtlichen Vorschriften nicht unmittelbar zum Widerruf einer Baubewilligung führen kann: Entweder bewirkt der Verfahrensmangel, dass die Baubewilligung keine Rechtskraft erlangt oder er hat zur Folge, dass ein materiellrechtlicher Widerspruch nicht rechtzeitig aufgedeckt wird. Dies kann zum Widerruf aus materieller Rechtswidrigkeit führen.

6.1.1.1.2. Unwiderrufbarkeit der nachträglich rechtswidrigen Baubewilligung

Ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften kann nach Erteilung einer Bewilligung entstehen, indem entweder die Vorschriften selber sich ändern oder indem sich bei gleichbleibenden Vorschriften die tatsächlichen Verhältnisse wandeln. Die Regelung des neuen Baugesetzes schliesst die Möglichkeit aus, eine Baubewilligung zu widerrufen, wenn sie gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstösst, die nach Erteilung der Bewilligung in Vollzug gesetzt worden sind. Dies geht nicht nur aus Art. 58 Abs. 1, sondern ebenso aus Art. 55 Abs. 1 BauG hervor, wonach Baugesuche nach dem zur Zeit ihrer Einreichung geltenden Recht zu beurteilen sind. Eine Ausnahme von dieser Regel wäre allenfalls dann denkbar, wenn der Nachweis gelingen würde, dass ein Baugesuch, welches unter altrechtlichen Vorschriften zu Recht genehmigt worden ist, sich aber im Widerspruch zu neurechtlichen Vorschriften befindet, in rechtsmissbräuchlicher Absicht noch unter altem Recht eingereicht

worden ist.[1] Unter diesen Umständen wäre das Baugesuch von Anfang an unter dem Gesichtspunkt des neuen Rechts, zu dessen Vorschriften es sich in Widerspruch befindet, zu prüfen gewesen und die Baubewilligung demnach ursprünglich rechtswidrig. Dagegen sind Baubewilligungen unwiderrufbar, welche in Kenntnis neuer, nach ihrer Erteilung eingetretener Umstände nicht erteilt würden. In diesen Fällen tritt der Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften - hier durch die Aenderung der äusseren Situation herbeigeführt - erst nach der Erteilung der Baubewilligung ein und vermag deshalb deren ursprüngliche Rechtmässigkeit nicht zu erschüttern.[2]

Anders zu beurteilen sind jene Fälle, in denen erst nach Erteilung der Baubewilligung erkannt wird, dass bereits zur Zeit ihrer Erteilung Verhältnisse bestanden haben, die eine Baubewilligung verunmöglicht hätten. So kann sich beispielsweise nach Erteilung einer Baubewilligung herausstellen, dass sich im fraglichen Gebiet Grundwasservorkommen befinden, welche seine Zuteilung zur Gewässerschutzzone[3] erfordern und das Bauvorhaben verunmöglichen. Meines Erachtens liegt auch in diesem Fall eine ursprünglich rechtswidrige Bewilligung vor, da ja der Grund des Widerspruchs zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften ursprünglich bereits bestanden hatte, wenn er auch noch nicht bekannt war. Der Tatbestand, welcher der Entscheidung der Bewilligungsbehörde zugrundelag, stimmte also nicht mit dem wirklichen Sachverhalt überein. Ob eine

---

1) RRB 3645 vom 10. September 1974; MBVR 71 (1972), S. 279, N. 197.

2) Vgl. Matile, Essai sur l'autorité des décisions administratives, S. 50, welcher die bernische Baubewilligung als Verwaltungsakt a posteriori bezeichnen würde ("L'administration tire toutes les conséquences juridiques de la situation de fait qui existe au moment où elle se prononce."). Solche Akte sind nach Matile nie ungesetzlich und können deshalb auch nicht widerrufen werden.

3) Vgl. Art. 1, 9 und 16 der Verordnung zum Schutze der Gewässer gegen Verunreinigung durch wassergefährdende Flüssigkeiten vom 19. Juni 1972.

Bewilligung im Widerspruch zu gesetzlichen Vorschriften steht, kann aber nicht davon abhängen, wie sich die als richtig angenommenen Entscheidungsgrundlagen zu den Gesetzesvorschriften verhalten, sondern in welchem Verhältnis sich der wirkliche - wenn auch damals noch unbekannte - Sachverhalt im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung zu den öffentlich-rechtlichen Vorschriften verhält. Demnach können nur jene Baubewilligungen als nachträglich rechtswidrig bezeichnet werden, bei denen die Rechtswidrigkeit auf Tatsachen beruht, welche erst nach der Bewilligungserteilung entstanden sind. Nur sie sind aufgrund des argumentum e contrario gemäss Art. 58 Abs. 1 BauG in jedem Fall unwiderruflich. Die einzige Möglichkeit, auf solche Bewilligungen zurückzukommen, entsteht, wenn sie während ihrer Gültigkeitsdauer von einem Jahr nicht genutzt werden.[1)] Darauf kann die Bewilligungsbehörde wegen inzwischen eingetretener Vorschriftswidrigkeit ihre Verlängerung verweigern.[2)] Würde die Regelung betreffend Befristung der Baubewilligung nicht existieren, wäre die Widerrufsregelung in Art. 58 BauG wohl kaum auf ursprünglich rechtswidrige Baubewilligungen beschränkt worden, da allgemein anerkannt ist, dass insbesondere Verwaltungsakte mit Dauerwirkung auch wegen nachträglicher Rechtswidrigkeit im öffentlichen Interesse widerrufen werden können.[3)]

6.1.1.1.3. Widerruf und baupolizeiliche Massnahmen

Baupolizeiliche Massnahmen werden ergriffen, um die Einhaltung der Bauvorschriften und der Bedingungen und Auflagen

---

1) Art. 40 Abs. 1 BewD.
2) Art. 40 Abs. 2 BewD.
3) Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 38 (1974), Nr. 91; Grisel, Droit administratif, S. 210; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 322 II, mit Verweisungen; Haueisen, NJW 1956, S. 204 ff.

der Baubewilligung bei der Ausführung von Bauten und Anlagen durchzusetzen,[1] um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bei widerrechtlicher Bauausführung oder bei nachträglicher Missachtung von Bauvorschriften, Bedingungen und Auflagen zu erreichen,[2] um Störungen der öffentlichen Ordnung, welche von unvollendeten, mangelhaft unterhaltenen und sonstwie ordnungswidrigen Bauten und Anlagen verursacht werden, zu beseitigen[3] und überhaupt, wenn sie zur Durchführung des BauG und der gestützt darauf erlassenen Vorschriften und Einzelverfügungen erforderlich sind.[4]

Nach dem klaren Gesetzeswortlaut können mit baupolizeilichen Massnahmen nur die Vorschriften des BauG und der gestützt darauf erlassenen Vorschriften und Einzelverfügungen durchgesetzt werden. Umgekehrt können Vorschriften und Verfügungen, welche sich nicht auf das BauG stützen, nicht als Grund für eine baupolizeiliche Massnahme dienen. Zudem muss die Durchführung einer Massnahme "erforderlich" sein.

Eine baupolizeiliche Massnahme kann also beispielsweise Folge einer Widerrufsverfügung sein und diese vollstrecken.[5] Sie kann auch angezeigt sein, wenn eine Bauausführung sich nicht auf eine Baubewilligung stützt oder über den bewilligten Rahmen hinausgeht.[6]

Es sind Fälle denkbar, in welchen der Widerruf einer Baubewilligung nicht möglich ist, da diese ursprünglich rechtmässig ist, obwohl ein starkes öffentliches Interesse erfordert, dass die Baute nicht ausgeführt wird. In diesen Grenzfällen taucht die Frage auf, ob die Ausführung der be-

---

1) Art. 60 Abs. 2 lit. a BauG.
2) Art. 60 Abs. 2 lit. b BauG.
3) Art. 60 Abs. 2 lit. c BauG.
4) Art. 60 Abs. 1 BauG.
5) Vgl. hinten S. 128 f.
6) Vgl. vorne S. 59.

willigten Baute oder Anlage mittels einer baupolizeilichen Massnahme im Sinne von Art. 60 Abs. 2 lit. c BauG verhindert werden kann.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit können hier nur jene Fälle von Interesse sein, welche nach allgemeiner Widerrufslehre zu einem Widerruf Anlass geben würden, aber aufgrund von Art. 58 BauG nicht widerrufen werden können.

Fälle, in denen trotz Widerrufsverbot die Ausführung einer ursprünglich rechtmässig bewilligten Baute im öffentlichen Interesse verhindert werden muss, weil sie gegen Bauvorschriften verstösst, welche nachträglich gestützt auf das BauG erlassen werden, sind in der Praxis äusserst selten: Die Ergreifung einer baupolizeilichen Massnahme kann nur dann überhaupt in Frage kommen, wenn zwingende öffentliche Interessen dies unbedingt gebieten. Durch die Ausführung der Baute müssten also für die Oeffentlichkeit äusserst schwerwiegende, nicht wieder gutzumachende Nachteile entstehen. Auf keinen Fall darf durch das Mittel der baupolizeilichen Massnahme die grundsätzliche Einschränkung des Widerrufs auf ursprünglich rechtswidrige Baubewilligungen zunichte gemacht werden. Immerhin muss die Möglichkeit, der Ausführung einer Baute oder Anlage Einhalt zu gebieten, dann bestehen, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das zwingende, durch das bewilligte Bauprojekt schwer gefährdete öffentliche Interesse dermassen überwiegt, dass die Ausführung der Baute nicht zu verantworten wäre.

Konkret lässt sich folgendes Beispiel denken: Ein ursprünglich rechtmässiger Gestaltungsplan sieht inmitten einer Altstadt Hochhäuser vor. In der nachträglichen Bauordnung mit Zonenplan wird die schutzwürdige Altstadt einer Zone zugewiesen, welche die Erhaltung des Stadtkerns garantieren soll.

Da der Gestaltungsplan nicht widerrufen werden kann[1] und die Baubewilligungen für die Hochhäuser im Rahmen des Gestaltungsplanes grundsätzlich erteilt werden müssen,[2] rechtfertigt sich hier zur Beseitigung der "Störung der öffentlichen Ordnung" die Ergreifung einer baupolizeilichen Massnahme im Sinne von Art. 60 Abs. 2 lit. c BauG.

Ebenso können Veränderungen der ursprünglichen Verhältnisse[3] dazu führen, dass die Ausführung einer Baute im öffentlichen Interesse verhindert werden muss. Solche Veränderungen der Verhältnisse können durch höhere Gewalt oder durch menschliches Handeln hervorgerufen werden.

Vernichtet z.B. ein Waldbrand den Schutzwald oberhalb einer Ferienhauszone, welcher dieses Gebiet bis anhin vor Lawinen abgesichert hat, muss verhindert werden können,[4] dass gestützt auf die ursprünglich rechtmässig erteilte Baubewilligung ein Ferienhaus errichtet wird.

Gleichermassen muss verhindert werden, dass im Gebiet eines ursprünglich zu Recht bewilligten Gestaltungsplanes Mehrfamilienhäuser erstellt werden, wenn nun in unmittelbarer Nachbarschaft die Nationalstrasse vorbeiführt und dies nicht vorauszusehen war.

In beiden Fällen ist ein Widerruf nach Art. 58 BauG ausgeschlossen.[5] Aber auch die Ergreifung einer baupolizeilichen Massnahme erweist sich hier als falsch; denn aus Art. 60 BauG

---

1) Die Unwiderrufbarkeit des ursprünglich rechtmässigen Gestaltungsplanes unterliegt unter gewissen Umständen einer Einschränkung. Vgl. hinten S. 142 f.

2) Vgl. vorne S. 10.

3) Keine Aenderung der Verhältnisse liegt vor, wenn bereits bestehende Verhältnisse ursprünglich nicht erkannt werden. Z.B.: Es wird erst nach Erteilung der Baubewilligung erkannt, dass die Bauparzelle lawinengefährdet war. Vgl. auch vorne S. 64.

4) Vgl. dazu Art. 3 BauG.

5) Vgl. bezüglich Gestaltungsplan einschränkend hinten, S. 142 f.

geht hervor, dass diese Massnahmen Dritte und die Oeffentlichkeit vor rechtswidrigen Bauten, Anlagen und von diesen ausgehenden Störungen oder Gefahren schützen sollen. In den erwähnten Beispielen müssen aber die Bauten oder Anlagen selber bzw. ihre Bewohner und Benützer vor äusseren Gefahren geschützt werden. Massnahmen zur Verwirklichung dieses Schutzes fallen - andere gesetzliche Regelung vorbehalten[1] - nicht in die Befugnis der Baupolizei, sondern in jene der Ortspolizei.[2] Die Ortspolizei hat demnach - allenfalls in Zusammenarbeit mit der Baupolizei - die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der von der Gefahr Bedrohten anzuordnen.[3] Materiell kann die Massnahme in einer Baueinstellungsverfügung bestehen, welche die Bauausführung bis zu einer allfälligen Beseitigung der Gefahr ruhen lässt.

Unter den geschilderten Voraussetzungen und solange die einschränkende Bestimmung von Art. 58 BauG nicht ausgehöhlt wird, können meines Erachtens bauliche Zustände, welche nicht durch Widerruf verhindert werden können, durch baupolizeiliche oder ortspolizeiliche Massnahmen im Rahmen der Verhältnismässigkeit korrigiert werden.

6.1.1.2. Erfordernis des öffentlichen Interesses

Die zweite in Art. 58 Abs. 1 BauG genannte Voraussetzung für den Widerruf einer Baubewilligung liegt darin, dass das öffentliche Interesse ihn erfordern muss. Diese Kodifizierung des unbestrittenen Grundprinzips des Widerrufsrechts, wonach nur öffentliche, aber niemals private Interessen Ursache für

---

1) Z.B. die Durchführung der feuer- und sanitätspolizeilichen Vorschriften der Baugesetzgebung.
2) Vgl. Art. 60 Abs. 3 BauG.
3) Vgl. § 1 Dekret betreffend die Ortspolizei vom 27. Januar 1920.

den Widerruf eines Verwaltungsaktes sein dürfen, entspricht der Forderung jener, welche die strikte Einhaltung des Legalitätsprinzips durch die Behörde auch bei Widerruf eines Verwaltungsaktes als unabdingbare Voraussetzung verwaltungsmässigen Handelns betrachten.[1] Im Gegensatz zur kasuistischen Aufzählung im Baubewilligungsdekret vom 9. Februar 1966 wird dem Gesetzesanwender bloss der weite Begriff des öffentlichen Interesses als allgemeinste Rechtfertigung eines Widerrufs genannt. Die Substanzierung des Begriffs bleibt jeweils der mit dem Widerruf befassten Behörde anheimgestellt. Es gilt deshalb, hier den Versucht zu unternehmen, den Begriff des öffentlichen Interesses im Baurecht klarer zu umreissen.

6.1.1.2.1. Begriff des öffentlichen Interesses

Der Begriff des öffentlichen Interesses ist seinem Inhalte nach sehr vielschichtig. In allgemeiner Form definiert ihn Grisel als "intérêt commun à une fraction importante des membres d'une collectivité publique, sinon à leur totalité ou à leur majorité."[2] Ruck[3] und Hangartner[4] bezeichnen das öffentliche Interesse als das Interesse der Gesamtheit der Bürger, wobei sie zu Recht präzisieren, dass darunter nur die als solche der Allgemeinheit anerkannten Interessen zu verstehen sind, selbst wenn nur wenige davon direkt profitieren. Es kommt also nicht allein auf die Anzahl der "Interessierten" an, sondern vielmehr darauf, dass das als öffentliches bezeichnete Interesse nach allgemeiner Rechtsauffassung als so wichtig erachtet wird, dass ihm ein besonderer rechtlicher Schutz gebührt. Mit dieser Umschreibung ist der Begriff des öffentlichen Interesses wohl äus-

---

1) Vgl. vorne S. 32 f.
2) Grisel, Droit administratif, S. 171.
3) Ruck, Verwaltungsrecht, S. 200 f.
4) Hangartner, Widerruf, S. 28.

serlich klarer umrissen, hinsichtlich seiner Anwendung bedarf er aber immer noch der Ausfüllung und Interpretation durch die gesetzesanwendende Behörde.[1)]

Es erweist sich als zweckmässig, das öffentliche Interesse zweifach zu gliedern, um seinem Gehalt näher zu kommen: als öffentliches Interesse im materiellen oder im formellen Sinn und als solches im weitern Sinn oder im engern Sinn.[2)] Unter dem öffentlichen Interesse im materiellen Sinn wird das bonum publicum oder commune verstanden. Dies ist das Interesse der Gemeinschaft, das verdient als solches anerkannt zu werden und daher als gesetzgebungspolitisches Postulat gesetzlich verankert und geschützt werden sollte.[3)] Nach seiner Rezeption wird es öffentliches Interesse im formellen Sinn. Im Wandel von Zeit und Rechtsauffassung kann die ursprüngliche materielle Grundlage abnehmen oder schliesslich verlorengehen, während das öffentliche Interesse im formellen Sinne weiterbesteht.

Das öffentliche Interesse im weiteren Sinne ist das allgemeine Interesse der staatlichen Gesamtheit an der gleichmässigen Förderung aller ihrer Glieder, und zwar nicht als abstrakte Gesamtheit, sondern als Einzelpersonen. Das öffentliche Interesse im engern Sinne ist das Interesse des Staates an der Durchführung einer Massnahme, die als Mittel zur Erfüllung des öffentlichen Interesses im weiteren Sinne dient; beispielsweise das Interesse des Staates an der Erhebung von Steuern. Das öffentliche Interesse - obwohl per definitionem dem Wohle und der Förderung des Einzelnen dienend - kollidiert in seiner Durchführung häufig mit privaten Interessen.[4)] Diese stehen naturgemäss dem Einzelnen nä-

---

1) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 144.
2) Vgl. hierzu und zum folgenden Hangartner, Widerruf, S. 29 ff.
3) Vgl. Burckhardt, Organisation, S. 23 f.
4) Am Beispiel der Steuererhebung: Kollision mit dem Eigentumsrecht.

her, als das vom Staate vertretene öffentliche Interesse, welches jedem Gewaltunterworfenen gleichermassen zu dienen hat.[1)]

Das in Art. 58 Abs. 1 BauG als Voraussetzung für den Widerruf der Baubewilligung genannte öffentliche Interesse ist als solches im engern Sinne zu verstehen: Der Staat soll den Bauvorschriften, welche dem öffentlichen Interesse im materiellen Sinn entspringen und selbst das öffentliche Interesse im formellen Sinne verkörpern, Nachachtung verschaffen.

6.1.1.2.2. Begriff des öffentlichen Interesses in Art. 58 BauG als öffentliches Interesse im engern Sinn

Die primäre Aufgabe der Baubehörde besteht darin, als Kontrollbehörde dafür zu sorgen, das Risiko der Polizeiwidrigkeit bei der Ausführung von Bauten und Anlagen möglichst klein zu halten.[2)] Sie ist deshalb befugt, eine Baubewilligung zu widerrufen, sobald sie feststellt, dass diese bereits im Zeitpunkt ihrer Erteilung[3)] polizeiwidrig war. Die rechtliche Situation entspricht also jener bei der Erteilung oder Verweigerung der Baubewilligung: Die Baubewilligung aktualisiert das dem Adressaten zustehende subjektive Recht auf Ausübung seines Eigentums. Sie darf nur verweigert werden, wenn das Bauvorhaben gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstösst. Aus denselben Gründen - falls sie von Anfang an bestanden - kann die Baubewilligung widerrufen werden. Zusätzlich wird hier aber verlangt, dass das öffentliche Interesse den Widerruf erfordert. Jede Baubewilligung, die gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstösst, steht aber eo ipso im Widerspruch zum öffentlichen Interesse. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses wird

---

1) Beetschen, Diss., S. 52.
2) Vgl. vorne S. 38.
3) Vgl. vorne S. 55.

jedoch in der Gesetzesvorschrift ausdrücklich erwähnt als zweite Voraussetzung für den Widerruf der Baubewilligung. Gemeint ist sicher nicht das schon durch die blosse Vorschriftswidrigkeit der Baubewilligung verletzte öffentliche Interesse. Vielmehr will der Gesetzgeber den Widerruf der Baubewilligung mit diesem zusätzlichen Erfordernis der Erteilung oder Verweigerung gegenüber erschweren.[1] Die Exekutivbehörde hat zu prüfen, wie gross das Interesse an der Durchführung des formell erkennbaren öffentlichen Interesses ist. Nur wenn dieses öffentliche Interesse im engern Sinn ein gewisses Mass erreicht, darf die Behörde den Widerruf vornehmen.

6.1.1.2.3. Ausfüllung des Begriffs des öffentlichen Interesses im engern Sinn intra legem specialem

Der Begriff des öffentlichen Interesses im engern Sinn sagt nichts über seinen materiellen Gehalt aus, er ist an sich wertfrei. Um feststellen zu können, ob das fragliche öffentliche Interesse einen Widerruf rechtfertige, bedarf es einer Konkretisierung nach zwei Gesichtspunkten: In erster Linie muss der Begriff losgelöst vom Einzelfall abstrakt gewertet werden. Anschliessend ist der so gewonnene Gehalt in Relation zum Einzelfall zu setzen.

Beim Begriff des öffentlichen Interesses im engern Sinne handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.[2] Ein solcher Begriff muss von der ihn anwendenden Behörde ausgefüllt, konkretisiert werden. Diese hat dabei grundsätzlich denjenigen Inhalt zu suchen, den der Gesetzgeber dem Begriff

---

1) Was ohne weiteres zu verstehen ist, da der Bauwillige nach Erteilung der Bewilligung der Bewilligungsbehörde gegenüber sicher eine stärkere Position einnimmt als vor der Erteilung. Vgl. auch Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 418.

2) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 173; Wolffers, Unbestimmte Rechtsbegriffe und behördliches Ermessen, in ZBl 58 (1957), S. 387, der ihn zu den echten unbestimmten Rechtsbegriffen zählt; Hangartner, Widerruf, S. 42.

bei genauer Umschreibung vermutlich gegeben hätte.[1] Die Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ist somit ein schöpferischer Akt der Behörde, welcher ihre, auf der Rechtsordnung, der Lehre und der Praxis fussende Rechtsauffassung zum Ausdruck bringt. Er bewirkt - ähnlich der behördlichen Ermessensausübung[2] - eine Abschwächung des Legalitätsprinzips.[3] Dem Legalitätsprinzip im weiteren Sinne hat die Behörde aber auch hier - wie bei jeder andern Verwaltungstätigkeit - treu zu bleiben: Die Konkretisierung des Begriffs des öffentlichen Interesses im engern Sinn hat gestützt auf die im Gesetzeszusammenhang gegebene Auslegung zu erfolgen.[4] Auf diese Weise gelingt es, dem zu konkretisierenden öffentlichen Interesse im engern Sinne einen materiellen Gehalt zuzuordnen sowie seine Stellung und sein Gewicht im Rahmen des ihm zugrundeliegenden Rechtsgebietes abzuschätzen. Eine sachgerechte Ausfüllung des fraglichen Begriffs durch die Behörde hat mit anderen Worten "intra legem specialem" zu erfolgen,[5] denn nicht in jedem Rechtsgebiet kommt dem an sich gleichen öffentlichen Interesse dasselbe Gewicht zu.

6.1.1.2.4. Das öffentliche Interesse in Relation zum Einzelfall

Aus der oben beschriebenen Ausfüllung des Begriffs des öffentlichen Interesses im engern Sinn lässt sich allgemein das Gewicht des fraglichen Interesses an sich abschätzen. Es bleibt jedoch unklar, ob die Durchführung des Widerrufs

---

1) Vgl. Wackernagel, in ZSR 71 (1952), S. 413; Hangartner, Widerruf, S. 43; Plattner, in ZBl 50 (1949), S. 69.

2) Um eine solche handelt es sich hier aber nicht: vgl. Hangartner, Widerruf, S. 43.

3) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 162, der hier das Legalitätsprinzip in einem engen Sinne als Erfüllung des klaren Rechts versteht.

4) Vgl. Wackernagel, Gesetzmässigkeit der Verwaltung und persönliche Freiheit, S. 252.

5) Vgl. Saladin, Widerruf, S. 95 f.; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 419.

unter den Umständen des Einzelfalles erforderlich ist. Setzen wir den erarbeiteten Begriff des öffentlichen Interesses in Relation zum Einzelfall, tauchen Interessen auf, die sich einer Durchsetzung des durch die Baubewilligung verletzten öffentlichen Interesses entgegenstellen. Oberflächlich betrachtet scheint es sich um die privaten Interessen des Baubewilligungsempfängers zu handeln. Der Adressat ist naturgemäss am Bestande der Baubewilligung interessiert. Ein Widerruf verschlechtert[2] seine Rechtsstellung und verstösst dadurch gegen sein Interesse. Es leuchtet deshalb ein, dass Art. 58 Abs. 1 BauG den Widerruf nicht ohne weiteres zulässt, wenn Widerrechtlichkeit und Verletzung des öffentlichen Interesses vorliegen, sondern verlangt, dass das Interesse an der Durchsetzung des verletzten öffentlichen Interesses den Widerruf erfordert. Art. 58 Abs. 1 BauG lässt den Umkehrschluss zu, dass das öffentliche Interesse den Widerruf unter Umständen nicht erfordert. Somit besteht die Möglichkeit, dass eine Voraussetzung zur Durchsetzung des verletzten öffentlichen Interesses fehlt. Die Behörde hat demnach eine Abwägung der für und gegen den Widerruf sprechenden Interessen vorzunehmen.

6.1.2. Die Interessenabwägung

Art. 58 Abs. 1 BauG folgt der Interessenabwägungstheorie des Bundesgerichts, welche ihrerseits auf der Lehre Burckhardts beruht. Dieser macht den Widerruf einer Verfügung von der Abwägung des öffentlichen Interesses gegen die Interessen des Einzelfalles abhängig.[2]

---

1) Die Behandlung des Widerrufs, der die Rechtsstellung des Adressaten verbessert ("zugunsten des Adressaten"), erfolgt weiter hinten, S. 89 f.
2) Vgl. Burckhardt, Organisation, S. 63 f.; vorne S. 34.

Mit der Formulierung in Art. 58 Abs. 1 BauG stellt der Gesetzgeber die gegenseitige Abwägung ins Ermessen der gesetzesanwendenden Behörde und verzichtet auf jede Regelbildung.[1] Würde es sich bei den dem Privaten aus der Baubewilligung zustehenden Rechten um solche subjektiver Natur handeln, wären sie grundsätzlich unwiderruflich.[2] Laut baugesetzlicher Regelung sind aber auch die ursprünglich zu Recht erteilten Baubewilligungen - welche subjektive Rechte nur aktualisieren - nicht widerrufbar. Die in Frage stehenden, ursprünglich rechtswidrigen Baubewilligungen entbehren jedoch einer rechtmässig erfolgten Aktualisierung des subjektiven Rechts. Deshalb scheint ihnen jeder Rechtsschutz zu fehlen. Der vom Adressaten der rechtswidrigen Baubewilligung geltend gemachte Anspruch auf Bestand des widerrechtlich entstandenen Rechtsverhältnisses wird indessen durch den Grundsatz der Rechtssicherheit geschützt. Dieser Grundsatz ist ungeschriebenes Verfassungsrecht[3] und verkörpert das öffentliche Interesse[4] an der Stabilität der Rechtsverhältnisse im allgemeinen.[5]

Zudem soll der Adressat in seinem Vertrauen in behördliche Verfügungen geschützt werden. Es erwächst ihm also auch ein Rechtsschutz aus dem Prinzip von Treu und Glauben. Dem öffentlichen Interesse an der Durchführung des Widerrufs stehen somit nicht eigentlich persönliche Interessen des Adressaten gegenüber. Vielmehr sind es ebenfalls öffentliche Interessen im engern Sinn, welche hier durch die dem Einzelfall entspringenden privaten Interessen aktualisiert werden. Die Interessenabwägung findet also letztlich zwischen verschiedenen öffentlichen Interessen statt. Nur wenn im Einzelfall das Interesse

---

1) Anders verhält es sich mit Art. 58 Abs. 2 BauG, der den Widerruf nach Baubeginn regelt. Vgl. hinten S. 91.
2) Vgl. vorne S. 39.
3) Vgl. Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in ZBJV 91bis, S. 95 ff.
4) Vgl. Burckhardt, Organisation, S. 64.
5) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 210.

an der Stabilität der einmal geschaffenen Rechtsverhältnisse und das Interesse an der Durchsetzung des Vertrauensschutzes dem Interesse am Widerruf der Baubewilligung nicht die Waage zu halten vermögen, besteht ein Widerrufserfordernis.

6.1.2.1. Das entgegenstehende Rechtssicherheitsinteresse

Saladin[1] ist in rechtstheoretischem Sinne mit der Interessenabwägungstheorie nicht einverstanden. Seiner Meinung nach kann das Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts (oder wie er es nennt "das Legalitätsprinzip") nicht von aussen her durch das Rechtssicherheitsinteresse beschränkt werden. Er begründet die Beschränkung vielmehr mit einer dem Legalitätsprinzip immanenten Begrenzung, welche aus dem liberalen Grundgedanken hervorgehe, dass Eingriffe in die Interessensphäre des Privaten nur insoweit erfolgen dürften, als sie für die betroffenen Privaten deutlich voraussehbar seien, somit auf einer offensichtlichen Grundlage beruhten.[2] Er anerkennt, dass der liberale Grundgedanke praktisch ein Postulat der Rechtssicherheit sei, betont aber, dass es methodisch einen Umweg bedeute, mit dem Rechtssicherheitsgedanken zu operieren.[3]

Als Kritik an der bundesgerichtlichen Theorie der Interessenabwägung führt Saladin u.a. weiter aus:[4] "Wesentlich ist aber, dass, solange die dem Gesetz zugrunde liegende Idee im konkreten Anwendungsfall genügendes Gewicht hat, die Intensität des Eingriffs infolge des Widerrufs kein Grund für ein Abweichen vom Legalitätsprinzip sein kann. Es kann sich

---

1) Saladin, Widerruf, S. 149 ff.
2) Saladin, Widerruf, S. 162 f.
3) Saladin, Widerruf, S. 163, Anm. 100.
4) Saladin, Widerruf, S. 166.

auch nicht darum handeln, in jedem Fall, wo sich ein Widerruf aufdrängt, abzuwägen, welches Interesse grösser sei, das des Staates 'an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts' oder das des Privaten an der Aufrechterhaltung des ursprünglichen Akts. Denn damit würde dem Legalitätsprinzip in diesem Bereich jegliche Wirksamkeit genommen."

Es ist zu beachten, dass auch er das Legalitätsprinzip relativiert, indem er darauf hinweist, dass die Intensität des Eingriffs infolge des Widerrufs nur dann kein Grund sein könne, vom Legalitätsprinzip abzuweichen, wenn die dem Gesetz zugrundeliegende Idee im konkreten Anwendungsfall genügendes Gewicht habe. Damit weist auch Saladin auf die Notwendigkeit der Konkretisierung des öffentlichen Interesses "intra legem specialem" hin. Wenn Saladin im weitern vom sich im Einzelfall aktualisierenden Gewicht des liberalen Grundwertes spricht,[1] sucht auch er einen Massstab, der sich aus den Gegebenheiten des Einzelfalles ergibt.

Beachtet man weiter, dass es sich - auch nach bundesgerichtlicher Dogmatik - bei den, dem Widerruf entgegenstehenden Interessen nicht um solche rein persönlicher Natur handelt, sondern insbesondere um das sich in den privaten Interessen manifestierende öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit, so erkennt man, dass sich die Kritik Saladins eigentlich auf den oben erwähnten "methodischen Umweg" des Bundesgerichts beschränkt. Praktisch führen Saladins Theorie des dem Legalitätsprinzip immanenten liberalen Grundgedankens und die bundesgerichtliche Interessenabwägungstheorie zu denselben Ergebnissen.[2]

---

1) Saladin, Widerruf, S. 165.

2) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 211, der ebenfalls auf theoretische Mängel der bundesgerichtlichen Interessenabwägungstheorie hinweist, diese aber ihrer Praktikabilität wegen dennoch billigt.

Für uns erübrigt sich ein Eingehen auf diese rein dogmatische Abweichung, da der Wille des Gesetzgebers dahin ging, mit der Formulierung von Art. 58 BauG weitgehend die bundesgerichtliche Praxis zu rezipieren.[1)]

6.1.2.2. Einfluss des Vertrauensprinzips

Schweizerische Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass das Prinzip von Treu und Glauben auch im Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Gewaltunterworfenem seine Gültigkeit hat.[2)] Das Bundesgericht beruft sich dabei insbesondere auf Giacometti[3)] und Merz[4)].

Für den Gewaltunterworfenen beschränkt sich das Prinzip von Treu und Glauben im öffentlichen Recht vor allem auf sein Vertrauen in die Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit der Verwaltung.[5)] So vertraut der Adressat einer Baubewilligung darauf, dass diese ihm zu Recht erteilt worden ist und dass sie Bestand hat. Dieses Vertrauen ist auch im Widerrufsverfahren gebührend zu berücksichtigen und wirkt sich zweifellos zuungunsten eines Widerrufs aus. Im Falle von Art. 58 BauG trifft dies umso mehr zu, als es sich hier um den Widerruf ursprünglich rechtswidriger Verwaltungsakte handelt;

---

1) Vgl. Vortrag der kantonalen Baudirektion vom 4. März 1969 an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zum Baugesetz; BGE 99 I 455.

2) Vgl. Wackernagel, in ZSR 71 I (1952), S. 430 ff.; Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 42 ff.; Beetschen, Diss., S. 41; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 343 ff.; Meier-Hayoz, in ZBl 54 (1953); Plattner, in ZBl 50 (1949), S. 69; MBVR 61 (1963), S. 294 ff.; BGE 91 I 136; 89 I 435; 88 I 148; 76 I 190; 72 I 81.

3) Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 289 ff.

4) Merz, Kommentar zu ZGB Art. 2, N. 72, S. 246.

5) Vgl. dazu Ruck, Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung, S. 342; Baumann, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, S. 31.

Verwaltungsakte also, bei deren Erlass die Verwaltungsbehörde einen Fehler begangen hat. Der Adressat baut somit auf ein Rechtsverhältnis, das einer Fehlleistung der Bewilligungsbehörde entspringt. Kommt die Bewilligungsbehörde auf die widerrechtliche Bewilligung zurück, korrigiert sie damit ihren Fehler. Sie tut dies aber zulasten des Bewilligungsempfängers, welcher berechtigtes Vertrauen in das Bestehen des durch die fehlerhafte Bewilligung geschaffenen Rechtsverhältnisses setzte. Aus der Sicht des Bewilligungsempfängers handelt die Behörde damit gegen Treu und Glauben. Auf dieses Problem geht das Bundesgericht besonders deutlich ein in BGE 93 I 395, wo es darauf hinweist, dass eine formell rechtskräftige Verfügung, welche für den Bürger zu günstig ausgefallen ist, weil die Verwaltung aus Unachtsamkeit oder Irrtum den massgeblichen Sachverhalt nicht richtig festgestellt hat, nicht nachträglich zuungunsten des Bürgers abgeändert werden darf, wenn der Fehler von der Behörde zu verantworten ist.

Aber auch in Fällen, in denen es nicht direkt darum geht, ob der Fehler von der Verwaltung zu verantworten sei, berücksichtigt das Bundesgericht bei der Widerrufsfrage neben dem Rechtssicherheitsinteresse das Prinzip von Treu und Glauben: In der Regel geht das Postulat der Rechtssicherheit dann vor, wenn die zu widerrufende Verfügung aufgrund eines Einsprache- und Ermittlungsverfahrens ergangen ist, dessen Aufgabe in der allseitigen Prüfung der öffentlichen Interessen und ihrer Abwägung den entgegengesetzten Privatinteressen gegenüber besteht.[1)] Je intensiver die Behörde sich mit einer Angelegenheit befasst, desto mehr wird das Vertrauen in die Unabänderlichkeit der Verfügung gefestigt. Ein solches Verfahren ist dazu angetan, "dem Bürger dafür Gewähr zu bieten, dass die auf diese Weise zustandegekommene Verfügung nicht

---

1) Vgl. BGE 93 I 665; 88 I 227; 78 I 407; 78 I 202.

mehr abgeändert werden könne."[1)]

Besonders deutlich manifestiert sich das Vertrauen des Bürgers auch dann, wenn er von seiner Bewilligung gutgläubig Gebrauch macht.[2)] Diesem Umstand wird mit einer Verminderung der Widerrufsmöglichkeit in Art. 58 Abs. 2 BauG Rechnung getragen.

Rechtssicherheitsinteresse und Vertrauensprinzip sind bei ihrer Würdigung im Widerrufsverfahren nicht völlig voneinander zu trennen. So unrichtig es mir erscheint, die beiden Begriffe gleichzusetzen,[3)] fällt doch ihre gegenseitige Abhängigkeit auf: Die Rechtssicherheit basiert auf der Geltung des Vertrauensprinzips im öffentlichen Recht, denn sie ist nur denkbar, wenn der Gewaltunterworfene Vertrauen haben kann in Akte der Verwaltung und in diesem Vertrauen geschützt wird. Die Stabilität einmal geschaffener Rechtsverhältnisse ist somit abhängig von der Geltung des Vertrauensprinzips. Wird also dem öffentlichen Interesse im engeren Sinne nach bundesgerichtlicher Terminologie das Rechtssicherheitsinteresse entgegengesetzt, so ist darunter jeweils das durch das Einzelinteresse des Privaten aktualisierte Interesse am Fortbestand der geschaffenen Rechtsverhältnisse zu verstehen, welches seine Daseinsberechtigung aus der Geltung des Ver-

---

1) BGE 78 I 407 mit Verweisung auf Fleiner, Institutionen, S. 200.

2) Vgl. BGE 96 I 694 E. 2c; 87 I 511. Diesem Umstand trägt Art. 58 Abs. 2 BauG durch eine wesentliche Erschwerung des Widerrufs Rechnung. Abgesehen davon, dass durch das Tätigwerden des Bewilligungsempfängers ein offensichtlicher Beweis seines Vertrauens in den Bestand des Rechtsverhältnisses vorliegt und dieses Vertrauen geschützt zu werden verdient, liegen der bundesgerichtlichen Praxis auch reine Billigkeitserwägungen zugrunde. Jedenfalls vermag die auf praktische Lösungen ausgerichtete Rechtsprechnung im allgemeinen das Empfinden für Recht und Billigkeit zu befriedigen. Vgl. u.a. BGE 90 I 15; Hangartner, Widerruf, S. 76 ff.; Grisel, Droit administratif, S. 211. Vgl. auch hinten S. 97.

3) So bei Baumann, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, S. 125.

trauensprinzips schöpft.

6.1.3. Rechtsfolgen der Interessenabwägung

Aufgrund der Interessenabwägung entscheidet die Behörde, ob das Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts den Widerruf erfordert, da das entgegenstehende Rechtssicherheitsinteresse untergeordneter Natur ist oder ob das Rechtssicherheitsinteresse überwiegt. Halten sich die beiden Interessen die Waage, kann das Erfordernis des Widerrufs weder vorbehaltlos bejaht noch verneint werden. So ist die Frage, ob ein Widerrufserfordernis vorhanden sei, oft Rechtsfrage, kann aber in Grenzfällen auch Ermessensfrage sein.[1] Mit dem Entscheid über das Vorhandensein des Widerrufserfordernisses ist die erste Rechtsfolge der Interessenabwägung eingetreten. Noch steht aber nicht fest, wie die zweite Rechtsfolge ausfällt: ob widerrufen wird oder ob die rechtswidrige Baubewilligung bestehen bleibt.

Als sogenannte "Kann-Vorschrift"[2] ermächtigt Art. 58 Abs. 1 BauG die Baubewilligungsbehörde zum Widerruf, verpflichtet sie aber nicht dazu. Es ist eine Frage der Auslegung, ob und in welchem Masse eine "Kann-Vorschrift" die durch sie verliehene Befugnis ins Ermessen der Behörde stellt.[3] Auch wenn die Ausübung einer Befugnis völlig dem Ermessen der Behörde anheimgestellt ist, darf diese aber nicht willkürlich handeln. Um "Fallgerechtigkeit" zu üben,[4] hat die Behörde bei der indi-

1) Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 73 f., Bemerkung I c, Nr. 221.
2) Vgl. RRB Nr. 4142 vom 21. November 1973, Erw. 1.
3) Vgl. Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 1. Auflage, S. 147.
4) Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 73, mit Verweisungen auf den Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich, 1962, Nr. 37, und BJM, 1967, S. 197; ferner Grisel, Droit administratif, S. 171.

viduellen Zumessung der zweiten Rechtsfolge die Prinzipien der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit[1] zu berücksichtigen.

6.1.3.1. Widerruf und Verhältnismässigkeit

Gemäss Definition des Widerrufs[2] kann dieser auch nur teilweise erfolgen, d.h. in unserem Fall nur Teile einer Baubewilligung betreffen. In welchem Ausmass eine Baubewilligung widerrufen werden darf, ist eine Frage der Verhältnismässigkeit. Sie darf nur in jenem Ausmasse widerrufen werden, das notwendig ist, um einen Zustand zu erreichen, der dem öffentlichen Interesse soweit angenähert ist, dass dieses einen weitergehenden Widerruf nicht mehr erfordert.[3] Dies geht schon aus Art. 58 Abs. 1 BauG selber hervor, der einen Widerruf nur - und nur soweit - zulässt, als es das öffentliche Interesse erfordert. Ist das Erfordernis nicht mehr vorhanden, fehlt eine wesentliche Voraussetzung zum Widerruf. Auch bezüglich des mit dem Widerruf angestrebten Zweckes gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip in dem Sinne, dass die Mittel zur Erreichung des Zwecks geeignet sein und diesem entsprechen müssen.[4]

Beim Widerruf ist der Uebergang von Ausmass und Mittel oft fliessend: Es ist beispielsweise ebenso eine Frage des Ausmasses wie des Mittels, ob eine in der Baubewilligung enthaltene Befugnis weggelassen, abgeändert, mit einer Auflage versehen oder in ein Verbot umgewandelt werden darf. Aus-

---

1) Vgl. BGE 94 I 474.
2) Vgl. vorne S. 30.
3) Vgl. ZBl 61 (1960), S. 595; ZBl 62 (1961), S. 243; ZBl 65 (1964), S. 161; ZBl 70 (1969), S. 162; BGE 94 I 548; Grisel, Droit administratif, S. 184.
4) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 184; Art. 2 Abs. 3 Delegationsgesetz vom 7. Juni 1970.

schliesslich gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit hinsichtlich der angewandten Mittel verstiesse es hingegen, wenn die zu widerrufende Baubewilligung mit Auflagen, Verboten oder Geboten versehen würde, die einem anderen öffentlichen Interesse entgegenkämen als jenem, auf dem das Widerrufsinteresse basiert.

6.1.3.1.1. Nachträgliche Ausnahmebewilligung statt Widerruf

Da der Widerruf einer Baubewilligung eine sehr harte Massnahme darstellt, ist im Interesse der Verhältnismässigkeit behördlichen Handelns im Widerrufsverfahren zu prüfen, ob die Baubewilligung nicht zu Recht als Ausnahmebewilligung hätte erteilt werden können:[1] Wäre das Baugesuch seinerzeit bereits im Baueingabeverfahren[2] bemängelt oder nach der ordentlichen Prüfung abgewiesen worden, hätte der Baugesuchsteller die Möglichkeit gehabt, ein Ausnahmegesuch zu stellen. Würde im Widerrufsverfahren nicht geprüft, ob eine Ausnahmebewilligung möglich gewesen wäre, würde der Bauwillige wegen der ursprünglich falschen Beurteilung seines Baugesuchs durch die Bewilligungsbehörde um sein Recht zur Einreichung eines Ausnahmegesuchs gebracht.

War das Recht zur Beurteilung eines Ausnahmegesuchs zur Zeit, als dieses frühestens hätte eingereicht werden können, günstiger als das zur Zeit des Widerrufsverfahrens gültige, so ist jenes Recht anzuwenden; denn der Baugesuchsteller darf durch den bei der Erteilung der Baubewilligung begangenen Fehler der Behörde nicht schlechter gestellt werden. Ist jedoch das Recht zur Zeit des Widerrufs günstiger, so ist die Ausnahmebewilligung unter diesem Aspekt zu prüfen, da es widersinnig wäre und dem Verhältnismässigkeits-

1) Vgl. Art. 2 Abs. 3 Delegationsgesetz vom 7. Juni 1970.
2) Vgl. vorne S. 58.

prinzip widerspräche, eine Baubewilligung zu widerrufen, welche nach geltender Ausnahmepraxis bewilligt würde.

6.1.3.2. Widerruf und Rechtsgleichheit

Die einschneidendste Begrenzung erfährt das an sich freie Ermessen der Behörde durch das Rechtsgleichheitsprinzip.[1] Das Erfordernis der Rechtsgleichheit vermag unter Umständen den behördlichen Entscheid zwingend zu beeinflussen. Dabei fällt eine gewisse Parallelität zur Ausnahmebewilligung auf.

6.1.3.2.1. Parallelen zwischen Widerruf und Ausnahmebewilligung

Die Situation, in welcher sich die Baubewilligungsbehörde zu entscheiden hat, ob eine Ausnahmebewilligung zu erteilen sei, ähnelt in verschiedener Hinsicht jener beim Entscheid über den Widerruf einer Baubewilligung.

In beiden Fällen geht es einmal darum, ob und in welchem Masse die Abweichung von einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift sanktioniert werden kann. Bei der Ausnahmebewilligung ist die Situation allerdings insofern einfacher, als es um die Schaffung eines im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften stehenden Zustandes geht, bei der alle Faktoren im Rahmen von Art. 46 BauG ohne äussere Bindung geprüft werden können. Beim Widerruf hingegen geht es um die Aufhebung eines bereits bestehenden, rechtswidrigen Zu-

---

1) Rechtsgleichheitsprinzip ist hier so zu verstehen, dass "Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln" ist (vgl. BGE 94 I 654) und dass die Behörde nicht ohne vernünftigen Grund entscheiden darf (vgl. BGE 91 I 116). Weitere Aspekte der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 4 BV sind für die nachfolgenden Betrachtungen ohne Belang.

standes, der aufgrund eines Fehlers der Behörde entstanden ist. Die Widerrufsbehörde ist deshalb bei der Prüfung der öffentlichen Interessen, die den rechtmässigen Zustand erfordern, in gewissem Sinne "vorbelastet". Dies hat denn auch seinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden, wo Art. 46 Abs. 1 BauG die Erteilung der Ausnahmebewilligung nur gestattet, wenn k e i n e öffentlichen Interessen b e e i n t r ä c h t i g t werden, während Art. 58 Abs. 1 BauG den Widerruf zulässt, wenn öffentliche Interessen es e r f o r d e r n. Dadurch wird jenen Interessen, welche den an sich rechtswidrigen Zustand gutheissen, bei der Widerrufsregelung mehr Gewicht verliehen als bei der Ausnahmebewilligung.

Ferner fragt sich in beiden Fällen, welcher Art die öffentlichen Interessen sind, welche die Durchsetzung der Bauvorschriften verlangen. Eine Gewichtung und Abwägung des öffentlichen Interesses den privaten Interessen gegenüber ist allerdings bei der Ausnahmebewilligung, wenn überhaupt, so nur in sehr beschränktem Masse möglich.

Wie das oben umschriebene Rechtsgleichheitsprinzip die Behörde zwingt, in analogen Fällen Ausnahmegesuche gleich zu behandeln,[1)] so findet das Ermessen auch beim Widerruf da seine Grenze, wo bereits ein analoger Fall entschieden worden ist. Allerdings kann eine Behörde niemals gezwungen sein, einem nachträglich als falsch erkannten Entscheid aus Ueberlegungen der Rechtsgleichheit zu folgen.[2)]

Schliesslich fragt sich, ob das Rechtsgleichheitsprinzip im Sinne des Willkürverbots das Ermessen der Widerrufsbehörde derart einschränken kann, dass sie verpflichtet ist, eine Baubewilligung zu widerrufen. Im Zusammenhang mit der Aus-

---

1) Vgl. vorne S. 48.
2) Vgl. ZBl 64 (1963), S. 527; ZBl 65 (1964), S. 57; BGE 89 I 296.

nahmebewilligung[1] haben wir die Frage aufgeworfen, ob eine Verpflichtung der Behörde zur Erteilung einer Ausnahmebewilligung entsteht, wenn das öffentliche Interesse nicht oder nur in unbedeutendem Masse beeinträchtigt ist. Die entsprechende Frage lautet beim Widerruf, ob die Behörde widerrufen müsse, wenn das öffentliche Interesse allein besteht oder unverhältnismässig grösser als das entgegenstehende ist. Sie ist m.E. in folgenden Fällen zu bejahen:

a) Hat der Adressat die Baubewilligung erschlichen, so schwindet sein Anspruch auf Vertrauensschutz und Rechtssicherheit.[2] Seine privaten Interessen am Bestande der Baubewilligung werden unter diesen Umständen durch das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit nicht gestützt. Dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts steht also kein gegenläufiges öffentliches Interesse gegenüber. Die Baubewilligung unter diesen Umständen nicht zu widerrufen, wäre in zweifacher Hinsicht willkürlich: Eine öffentlich-rechtliche Norm nicht durchzusetzen, wenn ihr kein anderes öffentliches Interesse entgegensteht, wäre eine klare Verletzung des Legalitätsprinzips. Zugleich würde eine Rechtsungleichheit den sich gesetzeskonform Verhaltenden gegenüber geschaffen.

b) Ebenso einseitig besteht das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts, wenn der Adressat unter Verzicht auf Vertrauensschutz und Rechtssicherheit in den Widerruf einwilligt. Es wäre deshalb auch in diesem - wohl rein hypothetischen Fall - willkürlich, von einem Widerruf abzusehen.

---

1) Vgl. vorne S. 49 f.
2) Vgl. BGE 93 I 395.

c) Der in praktischer Hinsicht wohl wichtigste Fall besteht darin, dass dem Interesse am Bestand der Baubewilligung ein zwingendes öffentliches Interesse gegenübersteht, das wegen schwerwiegender Gefährdung eines hohen Rechtsgutes den Widerruf verlangt. Besteht eine ausgeprägte Diskrepanz zwischen den sich gegenüberstehenden Interessen, welche die Behörde zwingt, das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts weit höher einzustufen als das Interesse am Bestand der Baubewilligung, so wird auch hier das Legalitätsprinzip verletzt,[1] wenn die Baubewilligung nicht widerrufen wird.[2] Ist die Präponderanz nicht so eindeutig feststellbar, bleibt ein grösserer Spielraum für das Ermessen der Behörde.

6.1.3.3. Schutz der Nachbarinteressen

Ein Widerrufsverfahren wird zum Schutze der öffentlichen Interessen durchgeführt. Es wäre deshalb unzulässig, in diesem Verfahren die rein privaten Interessen allfälliger, durch das Bauprojekt betroffener Nachbarn zu berücksichtigen. Zulässig muss es dagegen sein, Nachbarn in einem Vernehmlassungsverfahren zur Stellungnahme aufzufordern, um im Hinblick auf die Interessenabwägung über die in Frage stehenden öffentlichen Interessen Aufschluss zu erhalten.

Ein Recht der Nachbarn, sich auf Wunsch am Widerrufsverfah-

---

1) Im analogen Fall betreffend die Erteilung der Ausnahmebewilligung vgl. vorne S. 45 ff.

2) Vgl. MBVR 56 (1958), S. 445, Nr. 135: In dem hier veröffentlichten Entscheid vertritt der Regierungsrat - allerdings bei einer wegen nachträglicher Praxisänderung rechtswidrigen Baubewilligung - ebenfalls die Auffassung, bei ausserordentlich starkem Ueberwiegen des Interesses an der Durchführung des objektiven Rechts müsse die Baubewilligung widerrufen werden.

ren zu beteiligen, besteht jedoch nur, wenn die Behörde die Pflicht hatte, im Hinblick auf einen möglichen Widerruf ein Wiedererwägungsverfahren einzuleiten;[1] denn nur in diesem Moment wird das Baugesuchsverfahren, an welchem die Nachbarn zur Teilnahme berechtigt waren, gezwungenermassen wiederholt. Erfolgt ein Wiedererwägungsverfahren ohne äusseren Zwang, war die Behörde also nicht verpflichtet, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten oder die Wiedererwägung von Amtes wegen vorzunehmen, kann sie in der Regel auch nicht gezwungen werden, Nachbarn die Möglichkeit zu geben, sich am Verfahren zu beteiligen. Wie es der Behörde freigestellt war, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten, muss es ihr auch freigestellt bleiben, wie und in welchem Masse sie sich Entscheidgrundlagen beschaffen will.

In Berücksichtigung des in Art. 14 Delegationsgesetz zum Ausdruck gelangenden Grundsatzes muss meines Erachtens aber im Wiedererwägungsverfahren der Dritte, den die Abänderung der wiedererwogenen Verfügung beschweren kann, vor Erlass der Widerrufsverfügung angehört werden.

6.1.3.4. Widerruf zugunsten des Adressaten

Aufgrund des oben Gesagten kann eine Baubewilligung, deren Rechtswidrigkeit den Adressaten belastet und deren Widerruf sich folglich zu seinen Gunsten auswirkt, jederzeit widerrufen werden:[2] Das öffentliche Interesse an der Durchführung des objektiven Rechts entspricht dem privaten Interesse an der Beseitigung der rechtswidrigen Belastung. Deshalb sind die gesetzlichen Vorschriften vorbehaltlos durchzusetzen.

---

1) Vgl. dazu und zum folgenden hinten S. 123 f.
2) Vgl. MBVR 68 (1970), S. 263, mit Verweisungen.

Grisel[1] führt aus, auch die Behörde sei grundsätzlich befugt, sich auf das Rechtssicherheitsinteresse zu berufen und den Widerruf zugunsten des Adressaten zu verweigern. Dies kann im Fall des Widerrufs nach Art. 58 BauG nicht zutreffen, da die Baubewilligungsbehörde die Baufreiheit nur im Rahmen von Art. 2 BauG einzuschränken befugt ist.[2]

6.2. WIDERRUF DER BAUBEWILLIGUNG NACH BAUBEGINN

Der Widerruf von Verwaltungsakten, von denen der Adressat bereits Gebrauch gemacht hat und die bereits zu "besonderen Anstalten"[3] geführt haben, war seit langem Gegenstand theoretischer Untersuchungen. Die grundsätzliche Unwiderruflichkeit wurde normalerweise mit dem Rückwirkungsverbot von Verwaltungsakten begründet,[4] wobei dringende Forderungen des öffentlichen Wohls oft als Ausnahme galten.[5] Die Theorie des Rückwirkungsverbots vermag bei nachträglich rechtswidrigen Verwaltungsakten zu überzeugen: Was in Einklang mit gesetzlichen Vorschriften und öffentlichen Interessen, gestützt auf eine rechtskonforme Verfügung, ins Werk gesetzt wurde, soll nicht durch eine aus nachträglich eingetretenen Gründen erlassene Verfügung zerstört werden.

Wird hingegen eine Verfügung, aufgrund derer bereits beson-

1) Grisel, Droit administratif, S. 210.
2) Eine rechtswidrige, den Adressaten belastende Bestimmung würde beispielsweise vorliegen, wenn die Baubewilligungsbehörde einen höheren "k-Wert" vorschriebe als sie Art. 81 Abs. 3 Satz 3 BauVo für die betreffenden klimatischen Verhältnisse verlangt.
3) Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 148, mit Verweisungen.
4) Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 150, mit Verweisungen; Schwere, Diss., S. 184, mit Verweisungen.
5) Vgl. Hangartner, Widerruf, S. 149, mit Verweisungen.

dere Anstalten getroffen worden sind, ihrer ursprünglichen Rechtswidrigkeit wegen widerrufen, so stellt die Widerrufsverfügung implizite fest, dass die getroffenen besonderen Anstalten von Anfang an widerrechtlich waren. Der Widerruf einer ursprünglich rechtswidrigen Verfügung muss "ex tunc" wirken, da er die ursprüngliche Rechtswidrigkeit ausmerzen soll. Hätte der Adressat noch keine besonderen Anstalten getroffen, würden für ihn keine nachteiligeren Folgen eintreten als bei Wirkung "ex nunc". Problematisch ist die Wirkung "ex tunc" hingegen, wenn der Adressat bereits besondere Anstalten getroffen hat. Damit, dass dieser für seine vergeblich getroffenen Anstalten entschädigt werden kann, ist das theoretische Problem nicht gelöst,[1] dass nach rechtsstaatlichen Grundsätzen Verwaltungsakte nicht rückwirkend sein können,[2] auch wenn ihr Zweck es erfordert. Die dazu unerlässliche gesetzliche Grundlage bietet für die Baubewilligung Art. 58 Abs. 2 BauG.

6.2.1. Widerruf nach Art. 58 Abs. 2 BauG

Nach Beginn der Bauarbeiten kann eine Baubewilligung nur widerrufen werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es gebieten oder wenn der Gesuchsteller die Bewilligung durch Irreführung der Behörde erwirkt hat. Diese gesetzliche Regelung ist, wie ihr Wortlaut ergibt, abschliesslich und lässt der Behörde keine andere Möglichkeit zum Widerruf offen.

---

1) Den Ausführungen Schweres (Diss., S. 185), der die Rückwirkung des Widerrufs der Baubewilligung mit "Sinn und Zweck des Widerrufs" rechtfertigt, kann deshalb aus praktischen Ueberlegungen zwar Verständnis entgegengebracht werden, in rechtstheoretischer Hinsicht vermögen sie jedoch nicht zu befriedigen.

2) Vgl. Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 393.

6.2.1.1. Kriterium des Baubeginns

Indem das Gesetz den Widerruf der Baubewilligung nach Baubeginn dermassen einschränkt, wird der in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Regel der "grundsätzlichen Unwiderruflichkeit" von Verwaltungsakten, deretwegen bereits "besondere Anstalten" getroffen worden sind, Rechnung getragen. Als Kriterium nennt Art. 58 Abs. 2 BauG den "Baubeginn" und folgt damit der bundesgerichtlichen[1] und der überlieferten bernischen Praxis[2] sowie der überwiegenden Lehrmeinung.[3] Der Entscheid darüber, ob der Baubeginn im gesetzestechnischen Sinn bereits stattgefunden habe, bestimmt also über die Bestandeskraft der Baubewilligung. Das Bundesgericht[4] legt den Begriff "Beginn der Bauarbeiten" sehr weit aus: Mit der Begründung, der Bauherr müsse sich bei seinen Vermögensdispositionen auf die erteilte Baubewilligung verlassen können, bezeichnet es die Bauarbeiten als begonnen, sobald der Bauherr im Vertrauen auf die Baubewilligung "ins Gewicht fallende Geldmittel für die Ausführung der Baute aufgewendet" habe. Sowohl in BGE 90 I 15 wie BGE 96 I 69 sind nebst finanziellen Aufwendungen bereits "tatsächliche" Bauarbeiten vorgenommen worden: Im einen Fall hatte man mit dem Abbruch des zu ersetzenden Altbaus begonnen, im andern waren die Aushubarbeiten[5] für eine Hafenanlage bereits weit fortgeschritten. Ebenso gilt das Legen von Leitungen[6] sowie

---

1) Vgl. BGE 96 I 694; 94 I 344; 92 I 235; 91 I 96; 90 I 12, Erw. 5/6; 88 I 227; 87 I 227; 79 I 6, lit. b; 78 I 401.

2) Vgl. MBVR 69 (1971), S. 216; 68 (1970), S. 263; 65 (1967), S. 148/324; 57 (1959), S. 133 ff.

3) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 201; Zimmerlin, Bauordnung, N. 6-8 zu § 13; Ruck, Verwaltungsrecht, S. 103; Müller/Fehr, Das Baupolizeirecht in der Schweiz, S. 19 ff.

4) Vgl. BGE 90 I 15/16; 96 I 694, Erw. 2c.

5) Vgl. Zimmerlin, Bauordnung, N. 2 zu § 13; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 322, Bemerkung III a.

6) Vgl. Art. 39 BewD.

die Vornahme der Bauinstallationen[1] als Baubeginn.[2] Problematisch wird die bundesgerichtliche Definition des Baubeginns, sobald keine Bauarbeiten im Sinne der Umgangssprache unternommen worden sind. Weil sie zu Missverständnissen führen kann, scheint mir die bundesgerichtliche Umschreibung zu weit gefasst: Beispielsweise könnten als "ins Gewicht fallende Geldmittel", welche für die Ausführung der Baute aufgewendet worden sind, auch solche bezeichnet werden, welche für die Pläne eines Innenarchitekten ausgegeben wurden.

Wohl werden zu Recht keine formalistischen Massstäbe an den Begriff des "Beginns der Bauarbeiten" gelegt.[3] Andererseits würde Missverständnissen vorgebeugt, wenn der Beginn der Bauarbeiten auf jenen Zeitpunkt festgelegt würde, in dem der Bauherr für die Ausführung der Baute ins Gewicht fallende Geldmittel aufgewendet hat, deren Aufwendung zwingend auf die Baubewilligung - welche die bewilligten Baupläne umfasst - zurückzuführen ist. Andere Aufwendungen verstärken zwar das persönliche Interesse am Fortbestand der Baubewilligung und sind bei einer Interessenabwägung entsprechend zu berücksichtigen; sie bezeichnen jedoch nicht den Beginn der Bauarbeiten.

Normalerweise wird die Aufwendung ins Gewicht fallender Geldmittel für die Ausführung einer Baute oder Anlage mit dem tatsächlichen Beginn der Bautätigkeit zusammenfallen und es wird deshalb nicht schwierig sein, festzustellen, ob "Baubeginn" vorliegt. Die Regelung dieses Normalfalls lag wohl auch

---

1) Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 322, Bemerkung III a; anderer Meinung Zaugg, Kommentar, S. 54, N. 34 zu Art. 1 BauG.

2) Wieso BGE 90 I 15 Rodungsarbeiten nicht als Baubeginn anerkennt, ist nicht ohne weiteres einzusehen. Vgl. dazu Zimmerlin, Bauordnung, N. 2 zu § 13.

3) Es ist deshalb nicht ohne weiteres einzusehen, wieso BGE 94 I 344 im analogen Fall feststellt, dass mit der Einreichung detailliert ausgearbeiteter Bauprojekte von einem Ueberbauungsplan nicht Gebrauch gemacht worden sei. Vgl. dazu hinten S. 143.

in der Absicht des Gesetzgebers. Immerhin lassen sich aber Fälle denken, bei denen der effektive Baubeginn wohl in kleinstem Rahmen[1)] stattgefunden hat, aber keine ins Gewicht fallende Geldmittel aufgewendet wurden. Ebenso ist denkbar, dass gewichtige Geldmittel zur Ausführung der Baute aufgewendet wurden, aber noch kein sichtbarer Baubeginn stattgefunden hat. Es rechtfertigt sich deshalb, den Baubeginn in der erwähnten abstrakten Weise zu umschreiben.

Auch bei dieser Umschreibung des Baubeginns bleibt aber für den Einzelfall abzuklären, wann die aufgewendeten Geldmittel als "ins Gewicht fallend" zu bezeichnen sind. Dies ist weitgehend eine Ermessensfrage. Das m.E. einzig taugliche Kriterium für die Abgrenzung bietet der Vergleich der aufgewendeten Summe mit den Gesamtbaukosten. Um eine Benachteiligung in finanzieller Hinsicht unbedeutender Bauprojekte zu vermeiden, dürfen die aufgewendeten Geldmittel nicht absolut gewogen werden, da "Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Unglichkeit ungleich" zu behandeln ist. Wegen der liberalen Grundtendenz der Bundesverfassung ist es auch unzulässig, nach den finanziellen Verhältnissen des Bauherrn zu entscheiden, ob die aufgewendeten Geldmittel ins Gewicht fallen. Praktisch ist der Ermessensentscheid darüber, ob zwingend auf die Baubewilligung zurückzuführende Geldmittel ins Gewicht fallen, von grösster Bedeutung, da von ihm abhängt, ob Art. 58 Abs. 1 oder Art. 58 Abs. 2 BauG auf den Widerruf Anwendung findet.

---

1) Möglicherweise nur pro forma.

6.2.1.1.1. Baubeginn und guter Glaube

Ein Baubeginn im gesetzestechnischen Sinne liegt nach der Praxis des Bundesgerichts nur vor, wenn der Bauherr gutgläubig mit dem Bau begonnen hat.[1] Art. 58 Abs. 2 BauG lässt dieses zusätzliche Kriterium zur Bestimmung des "Beginns der Bauarbeiten" nicht zu: Indem Art. 58 den Widerruf ausdrücklich zulässt, wenn der Gesuchsteller die Bewilligung durch Irreführung der Behörde erwirkt hat, setzt er den Zeitpunkt der Bösgläubigkeit früher an. Würde der Baubeginn nur als Beginn der Bauarbeiten im gesetzestechnischen Sinn verstanden, wenn der Bauherr gutgläubig gehandelt hat, so könnte wegen Bösgläubigkeit gar kein Baubeginn im Sinne des Gesetzes vorliegen, sobald der Gesuchsteller die Baubewilligung durch Irreführung der Behörde erwirkt hat. Die Widerrufsfrage wäre dann in jedem Falle nach Massgabe von Art. 58 Abs. 1 BauG zu lösen und Art. 58 Abs. 2 lit. b BauG erwiese sich als überflüssig. Offensichtlich ist also der Widerruf auch jener Baubewilligungen, bei denen bösgläubig mit dem Bau begonnen wurde, nach Art. 58 Abs. 2 BauG zu behandeln.

6.2.1.2. Rechtswirkung des Baubeginns auf den Widerruf

6.2.1.2.1. Widerruf wegen Irreführung der Behörde

Nach Baubeginn vermögen an sich nicht zwingende öffentliche Interessen den Widerruf der Baubewilligung nur zu erfordern, wenn der Bauherr in qualifizierter Form bösgläubig ist, da er die Baubewilligung durch Irreführung der Behörde erwirkt hat. Sonst können nur zwingende öffentliche Interessen einen Widerruf nach Baubeginn bewirken. Der Widerruf nach Baubeginn wird also bei qualifizierter Bösgläubigkeit gleich be-

1) Vgl. BGE 88 I 228; 96 I 694; ebenso MBVR 65 (1967), S. 327.

handelt, wie die Widerrufsfrage vor Baubeginn. Die durch den Beginn der Bauarbeiten gestärkte Bestandeskraft der Baubewilligung[1] kommt in diesem Fall dadurch zum Ausdruck, dass dieselbe qualifizierte Bösgläubigkeit, welche vor Baubeginn die Behörde zum Widerruf gezwungen hätte,[2] nun dazu führt, dass bereits "normale" und nicht bloss "zwingende" öffentliche Interessen den Widerruf zu erwirken vermögen.

Indem der Bauherr die Behörde irreführt, begibt er sich seines Vertrauensschutzes, da er selber das Vertrauen der Behörde missbraucht.[3] Er täuscht die Behörde, um von ihr eine Baubewilligung zu erhalten. Insofern verhält er sich gleich wie jener, der durch Täuschung ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis erwirkt. Die Irreführung lässt sich deshalb analog zur absichtlichen Täuschung des Zivilrechts umschreiben als "Verleitung der Bewilligungsbehörde zur Erteilung einer Baubewilligung durch Erweckung eines Irrtums oder durch rechtswidrige Ausnützung eines schon vorhandenen Irrtums."[4] Dieselbe Definition der absichtlichen Täuschung gilt auch im Strafrecht.[5]

Der Baugesuchsteller erweckt einen Irrtum dann, wenn er der Baubewilligungsbehörde bewusst falsche Angaben über sein Bauprojekt macht oder falsche Unterlagen liefert oder entscheidwesentliche Tatsachen[6] und Unterlagen der Behörde bewusst vorenthält.[7] Er nützt rechtswidrig einen Irrtum aus, wenn er die Behörde bewusst in einer falschen Annahme belässt,

---

1) Vgl. vorne S. 81.
2) Vgl. vorne S. 87.
3) Vgl. BGE 98 Ib 251.
4) Vgl. Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, S. 142.
5) Vgl. Schwander, Das schweizerische Strafgesetzbuch, S. 351, Nr. 565.
6) Vgl. dazu MBVR 70 (1972), S. 128. Dort wird der Widerruf einer Baubewilligung nach Baubeginn verlangt mit der - allerdings unrichtigen - Begründung, der Gesuchsteller habe die Bewilligungsbehörde irregeführt durch Verschweigen der Tatsache, dass er das Benützungsrecht an der Zufahrtsstrasse noch nicht erworben habe.
6) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 237, N. 3 zu Art. 58, BGE 98 Ib 241 ff.

die für den Bauentscheid wesentlich ist.[1)]

Keine Irreführung liegt vor, wenn der Bauherr wahrheitsgetreue Bauunterlagen einreicht, von denen er ahnt oder weiss, dass sie sich im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften befinden. Entdeckt die Baubewilligungsbehörde die Rechtswidrigkeit des Bauprojektes nicht und erteilt sie die entsprechende Baubewilligung, ist diese zwar widerrechtlich und grundsätzlich widerrufbar. Hat der Bauherr aber mit den Bauarbeiten begonnen, ist der Widerruf nach Art. 58 Abs. 2 lit. b BauG dennoch nicht zulässig, da der Fehlentscheid der Behörde nicht durch unwahre Angaben erwirkt worden ist.

6.2.1.3. Widerruf als Gebot zwingender öffentlicher Interessen

Art. 58 Abs. 2 lit. a BauG lässt den Widerruf der Baubewilligung aufgrund freier Interessenabwägung wie beim Widerruf vor Baubeginn nicht zu, sondern setzt höhere Anforderungen an das Interesse zur Durchsetzung des objektiven Rechts: Die öffentlichen Interessen, aus denen das Widerrufsinteresse hervorgeht, müssen zwingend sein und den Widerruf gebieten. Dem zugunsten des Privaten wirkenden Rechtssicherheitsinteresse wird von vornherein grösseres Gewicht beigemessen als vor Beginn der Bauarbeiten. Die Gründe dafür sind im Vertrauensschutz, im Schutz des Eigentums und im Prinzip

---

1) Hierzu ist auch eine indirekte Irreführung der Behörde zu rechnen, welche darin bestehen kann, dass der Gesuchsteller die notwendige Zustimmung des Grundeigentümers oder eines Nachbarn arglistig beschafft und die Behörde im Glauben lässt, das unterbreitete Dokument sei rechtmässig zustandegekommen. Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 237, N. 3 zu Art. 58 BauG. Dagegen liegt keine Irreführung vor, wenn der Gesuchsteller einen Einsprachelegitimierten von der Einsprache abhält. Die Bewilligungsbehörde hat, auch wenn keine Einsprachen vorliegen, zu prüfen, ob das Bauprojekt den Vorschriften, durch deren Verletzung der Nachbar unmittelbar berührt sein könnte, entspricht.

der Verhältnismässigkeit zu suchen.

6.2.1.3.1. Einfluss des Vertrauensschutzes

Wenn der Bauherr im Vertrauen auf seine Bewilligung mit den Bauarbeiten beginnt, manifestiert er sein Vertrauen, indem er in der Gewissheit, das behördliche "placet" zu besitzen, wesentliche finanzielle Aufwendungen macht.[1] Das in den Bestand der Erlaubnis gesetzte Vertrauen an sich wächst jedoch mit Ausübung seiner Befugnis nicht, weshalb aus diesem Grunde dem Vertrauensschutz nach Baubeginn nicht zwingend in höherem Masse Rechnung zu tragen ist. Der Baubeginn begründet aber unter Umständen eine lange Dauer der Baubewilligung, da er ihre Befristung unterbricht. Bei ununterbrochener Bauausführung besteht die Bewilligung bis zur Fertigstellung der Baute,[2] was bei grossen Bauvorhaben Jahre dauern kann. Mit längerdauerndem Bestand wächst naturgemäss das Vertrauen in den Fortbestand eines Verwaltungsaktes, weshalb auch das Vertrauen des Bauherrn nun stärkeren Schutz verdient.[3] Dies trifft zumindest dann zu, wenn ein Verwaltungsakt nur bei ursprünglicher Rechtswidrigkeit widerrufen werden darf. Ob das Kriterium auch dann dieselbe - oder möglicherweise gar die umgekehrte - Wirkung hat, wenn die Möglichkeit des Widerrufs bei nachträglicher Rechtswidrigkeit gegeben ist, braucht hier nicht untersucht zu werden.

---

1) Vgl. vorne S. 92 f.
2) Art. 41 Abs. 1 BewD.
3) Vgl. BGE 56 I 195: Das Fehlen des Interesses am Fortbestand der Verfügung wird hier u.a. damit begründet, dass der Widerruf "verhältnismässig rasch erfolgt" sei; BGE 75 I 289, E. 3: Wer sich während neun Jahren unangefochten auf die Bestätigung seines Schweizerbürgerrechts verlassen hat, ist in seinem Vertrauen zu schützen, auch wenn die fragliche Bestätigung sachlich unrichtig war; ferner Gygi, in ZSR 1959, S. 410 f.

6.2.1.3.2. Einfluss des Eigentumsschutzes

Grundsätzlich spielt die verfassungsmässige Eigentumsgarantie beim Widerruf jeder Baubewilligung eine Rolle, da die Baubewilligung das Recht aktualisiert, das Eigentum in einer bestimmten Weise auszuüben. Erst nachdem der Adressat von seiner Baubewilligung Gebrauch gemacht hat, berührt ein Widerruf auch bestehende Eigentumswerte. Aus diesem rein praktischen Grund wird die Eigentumsgarantie für den Bauherrn erst aktuell, wenn er von seiner Baubewilligung Gebrauch gemacht hat,[1] vor allem, wenn der Widerruf nach Beginn der Bauarbeiten erfolgen soll.[2] Durch einen Widerruf werden nicht nur zuerkannte Rechte, sondern auch "ins Gewicht fallende" Vermögenswerte des Bauherrn betroffen. Dadurch wird die Eigentumsgarantie in der für den Privaten unmittelbarsten Form verletzt. Die Verletzung ist umso gravierender, je stärker die aufgewendeten Geldmittel ins Gewicht fallen.

6.2.1.3.3. Einfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips[3]

Die Verhältnismässigkeit einer behördlichen Handlung wird u.a. daran gemessen, in welchem Masse in ein geschütztes Rechtsgut oder Interesse eingegriffen wird. Muss das von der Behörde zu schützende Rechtsgut oder Interesse höher eingeschätzt werden als das beeinträchtigte, ist der behördliche Eingriff unverhältnismässig. Es muss also ein

---

1) Vgl. dazu auch die Entschädigungsfrage vor dem eigentlichen Baubeginn hinten, S. 138 f.

2) Vgl. dazu BGE 90 I 16; 88 I 228. Als Hauptgrund für die Unzulässigkeit des Widerrufs nach Baubeginn wird der Schutz des Eigentums bereits in BGE 28 I 365 hervorgehoben: "... Et en tous cas, une mesure comme celle qui fait l'objet du présent recours, par laquelle un propriétaire est contraint à démolir une partie du bâtiment, exécuté conformément aux plans approuvés, sans qu'il soit même question d'indemnité, ne saurait être conciliée avec le principe constitutionnel de l'inviolabilité de la propriété."

3) Vgl. BGE 88 I 228; ZBl 61 (1960), S. 594 ff.

vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Ausmass des Eingriffs bestehen.[1] Zudem muss der Eingriff notwendig sein.[2] Diese Grundsätze gelten beim Widerruf vor und nach Baubeginn gleichermassen.[3] Der Widerruf nach Baubeginn hat aber einschneidendere Auswirkungen, da er Eigentumswerte des Bauherrn unmittelbar berührt. Er ist deshalb im Vergleich zum angestrebten Ziel - der Durchsetzung des objektiven Rechts - viel eher unverhältnismässig. Die Gefahr der Unverhältnismässigkeit des Eingriffs wächst mit dem Fortschreiten der Bauarbeiten.[4]

6.2.1.4. Zwingende öffentliche Interessen

Laut Art. 58 Abs. 2 lit. a BauG vermögen nur zwingende öffentliche Interessen die durch den Baubeginn gefestigte Bestandeskraft der Baubewilligung zu erschüttern, was der überlieferten Praxis entspricht.[5] Die Feststellung, ob ein öffentliches Interesse als "zwingendes" zu bezeichnen sei, bedarf einer vom Einzelfall losgelösten Wertung. Dies ergibt sich aus der grammatikalischen Auslegung des Gesetzestextes, in welchem "zwingend" als Adjektiv zu "öffentliche Interessen" gehört und nicht als Adverb zu "gebieten".

Zwingende öffentliche Interessen sind solche, die nicht ohne schwerwiegende Nachteile für die Oeffentlichkeit missachtet

---

1) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 184, mit Verweisungen auf die neuere bundesgerichtliche Praxis; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 342, S. 218 ff.
2) Vgl. BGE 95 I 15 f.
3) Vgl. vorne S. 83 f.
4) Vgl. vorne S. 92 f.
5) Nicht "zwingende", aber - was gleichbedeutend ist - "wichtige" öffentliche Interessen werden verlangt in: BGE 88 I 228; ZBl 61 (1960), S. 594, E. 2; 67 (1966), S. 80 ff.; MBVR 65 (1967), Nr. 81, S. 327.

werden können.[1] Sie schützen in erster Linie besonders hohe Rechtsgüter wie Leben oder Gesundheit von Menschen.[2] Andere Rechtsgüter wie z.B. das Vermögen schützen sie nur vor besonders schwerwiegenden Eingriffen.[3] Ausschlaggebend muss hier wiederum die Wertung intra legem specialem sein.[4]

6.2.1.5. Das Widerrufsgebot

Das Vorhandensein zwingender öffentlicher Interessen genügt nicht für den Widerruf, wenn das Widerrufsinteresse ihn nicht gebietet. Der Gebrauch des Verbes "gebieten" anstelle von "erfordern" lässt darauf schliessen, dass die Behörde nur widerrufen soll, wenn das Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts im Einzelfall noch deutlicher überwiegt als beim analogen Entscheid vor Baubeginn. Dadurch wird der behördliche Ermessensspielraum nur unwesentlich eingeschränkt.[5] Im übrigen unterscheidet sich das Vorgehen bei der Interessenabwägung nicht von jenem beim Widerruf vor Baubeginn.

Das behördliche Ermessen kann nach zwei Richtungen beein-

---

1) Zaugg, Kommentar, S. 237, N. 3.

2) Sie gelangen u.a. in feuerpolizeilichen, sanitätspolizeilichen Vorschriften und in den Vorschriften zum Schutze des ökologischen Gleichgewichtes zum Ausdruck.

3) Vgl. BGE 88 I 228; ZBl 61 (1960), S. 594, E. 2. Im baurechtlichen Zusammenhang ist beispielsweise auch die Verletzung städtebaulicher oder landschaftsschützender Interessen denkbar. Z.B.:

a) Entgegen bestehenden Zonenvorschriften wurde in einer schützenswerten Altstadt ein moderner Neubau bewilligt.

b) Ohne zu berücksichtigen, dass die Bauparzelle sich in einem Schutzgebiet im Sinne von Art. 29 BauG befindet, wurde darauf ein Hotelhochhaus bewilligt.

4) Vgl. vorne S. 73 f.

5) Weitergehende, auf der verschiedenen Ausdrucksweise beruhende Unterschiede zu suchen, erscheint mir im Zusammenhang nicht gerechtfertigt.

flusst werden: Liegt die Erteilung der Baubewilligung zeitlich stark zurück, wurden grosse Geldmittel aufgewendet oder sind die Bauarbeiten weit fortgeschritten, führt dies zu einer Stärkung der Bestandeskraft der Baubewilligung. Umgekehrt schwächt die Bösgläubigkeit des Bauherrn - insofern sie noch nicht als Irreführung der Behörde zu bezeichnen ist - die Bestandeskraft der Bewilligung. In diesem Sinne bösgläubig handelt, wer ohne die Absicht die Baute ohne Unterbruch zu Ende zu führen, [1] den Bau nur beginnt, um zu verhindern, dass die Bewilligung abläuft. Dies gilt auch für den Bauherrn, welcher um die Widerrechtlichkeit der erhaltenen Baubewilligung wusste oder hätte wissen müssen.[2]

6.2.1.6. Befugnis und Zwang zum Widerruf

Ergibt die Interessenabwägung, dass das zwingende öffentliche Interesse den Widerruf gebietet, erhält die Behörde die Befugnis, ihn vorzunehmen. Dabei wirken sich die Grundsätze von Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit auf das behördliche Ermessen gleich aus wie beim Widerruf vor Baubeginn.[3]

Ebenfalls in Analogie besteht der Zwang zum Widerruf, wenn das zwingende öffentliche Intersse an der Durchsetzung des objektiven Rechts dem Interesse am Fortbestand der Baubewilligung gegenüber dermassen überwiegt, dass es einem Verstoss gegen das Legalitätsprinzip gleichkäme, den Widerruf nicht vorzunehmen.

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 56, N. 37 zu Art. 1 BauG.

2) An den von Berufs wegen Rechtskundigen werden höhere Anforderungen in bezug auf die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit gestellt. Vgl. Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, Bd. 35, Nr. 9, S. 212.

3) Vgl. vorne S. 83 f.

Mit dem Widerruf einer Baubewilligung nach Baubeginn wird naturgemäss die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anvisiert. Es wäre normalerweise kaum sinnvoll, einen Widerruf vorzunehmen und schliesslich dennoch auf eine Beseitigung der widerrechtlichen Bauteile oder der ausgehobenen Baugrube zu verzichten. Einem Widerruf wird deshalb in der Regel die baupolizeiliche Massnahme[1] folgen müssen.[2]

Besteht ein Zwang zum Widerruf, verlangen die überwiegenden öffentlichen Interessen zweifellos auch die Beseitigung der Baute oder Bauteile.

Lag der erfolgte Widerruf dagegen im Ermessen der Behörde, so werden Bauteile zur Beseitigung der von ihnen ausgehenden Unfallgefahr geschleift werden müssen. Bei einer fertig erstellten, benutzten Baute kann unter Umständen auf eine Schleifung verzichtet werden, wenn dem Bauherrn dadurch ein erheblicher, durch öffentliche Interessen nicht gerechtfertigter Schaden erspart bleibt[3] oder seit der Beendigung der Baute mehr als fünf Jahre vergangen sind.[4] Der Widerruf ist dann insofern sinnvoll, als dadurch die unrechtmässige Bewilligung als Präjudiz vernichtet wird.

Dieser Extremfall ist allerdings eher theoretischer Natur, da anzunehmen ist, dass die zwingenden öffentlichen Interessen, welche den Widerruf gebieten, zugleich auch die tatsächliche Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erfordern.

---

1) Vgl. vorne S. 65 f.
2) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 243, N. 4 zu Art. 61 BauG.
3) BGE 91 I 97; MBVR 62 (1964), Nr. 93.
4) Vgl. Art. 61 Abs. 3 BauG.

6.3. WIDERRUF SPEZIELLER ARTEN DER BAUBEWILLIGUNG

6.3.1. Widerruf nach "provisorischer Baubewilligung"

Die Baubewilligungsbehörde kann gemäss Art. 39 Abs. 1 BewD unter Vorbehalt der in Abs. 2 genannten Ausnahmen den vorzeitigen Baubeginn bereits nach Ablauf der Einsprachefrist gestatten, wenn keine Einsprachen vorliegen und keine öffentlichen Interessen betroffen sind. Diese Bewilligung ist in der Praxis als "provisorische Baubewilligung"[1] bekannt.[2] Soll eine "provisorische Baubewilligung" widerrufen werden, findet Art. 58 BauG keine Anwendung, da er ausschliesslich den Widerruf der rechtskräftigen Baubewilligung regelt.[3] Wird die definitive Baubewilligung widerrufen, wirkt sich der auf die provisorische Bewilligung hin unternommene Beginn der Bauarbeiten als Baubeginn im gesetzestechnischen Sinne aus. Von der Gemeindebehörde gemäss Art. 39 Abs. 3 BewD bereits nach Eingang des Baugesuches gestattete Bauarbeiten wirken sich analog aus.

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 55, N. 36 b zu Art. 1 BauG.

2) Der Erteilung einer provisorischen Baubewilligung kommt es gleich, wenn die verfügende Behörde im Bauentscheid oder im Baubeschwerdeentscheid, oder die prozessleitende Behörde im Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 33 VRP einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzieht. Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 55, N. 36 c zu Art. 1 BauG.

3) Vgl. RRB Nr. 4142 vom 21. November 1973, E. 1 = MBVR 72 (1974), S. 260.

6.3.2. Widerruf der generellen Baubewilligung

Materiell ist die generelle Baubewilligung eine Vorstufe zur ordentlichen,[1] indem mit Eintritt ihrer Rechtskraft, unter den Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 3 BewD, einem sich im Rahmen der Bewilligung bewegenden Bauvorhaben nichts mehr im Wege steht.

Formell handelt es sich dennoch um eine an sich selbständige Bewilligung.

Die generelle Baubewilligung aktualisiert in allgemeiner Form das dem Bauwilligen zustehende subjektive Recht auf Ausübung seines Eigentums, wie dies die eigentliche Baubewilligung in detaillierter Form tut. Als formell selbständige Bewilligung wird die generelle Baubewilligung nach den Vorschriften von Art. 58 BauG widerrufen. Es kann nur Abs. 1 zur Anwendung gelangen, da die aufgrund der Bewilligung erfolgte Ausarbeitung der Baupläne nicht als Baubeginn im gesetzestechnischen Sinne gilt.[2] Der eigentliche Baubeginn kann erst eine Folge der ordentlichen Baubewilligung sein.

Mit ihrer Erteilung ersetzt die ordentliche Baubewilligung die generelle. Diese wird gegenstandslos, da die ordentliche den Inhalt der generellen gezwungenermassen umfasst.[3]

Die analoge Anwendung der eingeschränkten Widerrufsmöglichkeiten von Art. 58 Abs. 2 BauG auf die Fälle, in denen die Baupläne ausgearbeitet und das ordentliche Baugesuch einge-

---

1) Vgl. vorne S. 40, 44 f.
2) Vgl. vorne S. 92 f.
3) Insoweit als die ordentliche von der generellen Baubewilligung abweicht, verliert diese ihre Rechtswirkung durch Zeitablauf: Art. 43 Abs. 3 BewD.

reicht ist, lässt sich auch aus folgender Ueberlegung nicht rechtfertigen: Könnte das generelle Baugesuch wegen der erschwerten Widerrufsmöglichkeiten nicht widerrufen werden, müsste das entsprechende ordentliche Baugesuch bewilligt werden. Vor Baubeginn könnte diese Bewilligung aber nach Art. 58 Abs. 1 BauG widerrufen werden.

Wurde eine generelle Baubewilligung zu Unrecht erteilt und erging anschliessend eine entsprechende ordentliche Baubewilligung, so ist auch diese notwendigerweise ursprünglich rechtswidrig. Da durch den Erlass der ordentlichen Baubewilligung die generelle ersetzt und gegenstandslos wurde, hat sich ein Widerruf auf die ordentliche Baubewilligung zu beschränken.

Wurde die generelle Baubewilligung zu Unrecht erteilt und steht die ordentliche Bewilligung noch aus, so wäre es aufgrund von Art. 43 Abs. 3 BewD unzulässig, die ordentliche Baubewilligung zu verweigern. Vielmehr muss in diesem Fall die generelle Baubewilligung nach Art. 58 Abs. 1 BauG widerrufen werden, es sei denn, der Gesuchsteller reiche ein Baugesuch ein, welches die zu Unrecht bewilligten Teile der generellen Baubewilligung nicht mehr umfasst.[1)]

6.3.3. Widerruf der Ausnahmebewilligung

Die Ausnahmebewilligung setzt einzelne Gesetzesbestimmungen im Hinblick auf ein bestimmtes Bauvorhaben ausser Kraft. Sie soll in Verbindung mit der Baubewilligung ein Bauvorhaben ermöglichen. Entsprechend soll der Widerruf der Ausnahmebewil-

---

1) Vgl. vorne S. 105, Anm. 3.

ligung diese in Verbindung mit der Baubewilligung ganz oder teilweise unwirksam machen und damit ein Bauvorhaben ganz oder teilweise verhindern. Der Widerruf einer Ausnahmebewilligung kommt demnach immer dem Widerruf einer Baubewilligung aus Gründen, welche sich auf die mit ihr verbundene Ausnahmebewilligung beziehen, gleich.

Die Besonderheit des Widerrufs der Ausnahmebewilligung liegt im Widerrufsgrund: Da der Widerspruch der Baubewilligung zu öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften durch die Ausnahmebewilligung sanktioniert worden ist, kann dieser Widerspruch nicht Widerrufsgrund für die Baubewilligung sein. Nur die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften stehende Erteilung der Ausnahmebewilligung kann den Widerruf begründen. Die Erteilung der Ausnahmebewilligung ist in Art. 46 ff. BauG geregelt. Die Gründe für den Widerruf sind also im Widerspruch zu diesen Gesetzesvorschriften - insbesondere zum Grundsatz von Art. 46 BauG - zu suchen.[1)]

6.3.3.1. Ausnahmebewilligung mit Nebenbestimmungen[2)]

Der Widerruf solcher, unter dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs erteilter Ausnahmebewilligungen ist unter denselben Voraussetzungen möglich wie derjenige kleiner Baubewilligungen, welche als Ausnahmen gemäss Art. 49 BauG erteilt wurden und deshalb von gesetzeswegen jederzeit widerrufbar sind.[3)]

Der Widerruf einer bedingt erlassenen Ausnahmebewilli-

---

1) Im Rahmen des Widerrufs der Ausnahmebewilligung müssten auch die Folgen eines solchen bezüglich des Lastenausgleiches (Art. 51 f BauG) behandelt werden. Diese Frage wird im Zusammenhang mit den Entschädigungsfolgen des Widerrufs zu erörtern sein. Vgl. hinten S. 139 f.

2) Vgl. Art. 50 Abs. 1 BauG.

3) Vgl. dazu hinten S. 109.

gung[1] unterscheidet sich, sobald die Bedingung erfüllt ist, nicht vom Widerruf einer andern Ausnahmebewilligung. Durch den Widerruf vor Erfüllung der Bedingung wird der Bewilligungsempfänger seiner Pflicht zur Erfüllung der Bedingung enthoben. Insofern wirkt sich der Widerruf zu seinen Gunsten aus, was bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.

Aehnlich liegen die Verhältnisse bei der unter Auflagen erteilten Ausnahmebewilligung: Wird widerrufen, bevor die Auflage erfüllt ist, entfällt die Belastung des Bewilligungsempfängers durch sie. Dies erleichtert den Widerruf gleich wie bei der bedingt erteilten Ausnahmebewilligung. Sind die Auflagen bereits erfüllt, ist die Bestandeskraft der Ausnahmebewilligung umso grösser, je mehr Aufwendungen der Bewilligungsempfänger zur Erfüllung der Auflagen gemacht hat.

Die Befristung einer Ausnahmebewilligung wirkt sich insofern auf den Widerruf aus, als das Interesse am Bestand der Bewilligung desto grösser ist, je länger die Frist noch laufen soll.

6.3.4. Widerruf der kleinen Baubewilligung

Der Widerruf einer kleinen Baubewilligung gemäss Art. 9 BewD unterscheidet sich grundsätzlich nicht vom Widerruf einer ordentlichen Baubewilligung.

---

1) Vgl. Art. 50 Abs. 1 BauG; dazu und zu den befristet oder unter Auflagen erteilten Ausnahmebewilligungen Friedrich/Spühler/Krebs, Bauordnung der Stadt Winterthur, S. 164, N. 1 zu § 71, und Zaugg, Kommentar, S. 207 f., N. 1-4 zu Art. 50 BauG.

Fahrnis- und Kleinbauten können aber gemäss Art. 49 BauG in Abweichung von den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften, namentlich auch von Baulinien, gestattet werden. Diese Ausnahmebewilligung wird dem Bauvorhaben entsprechend zumeist als kleine Baubewilligung erlassen. Sie kann laut Art. 49 Abs. 2 BauG jederzeit widerrufen werden und entspricht deshalb der unter dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs erlassenen Ausnahmebewilligung. Darin unterscheidet sie sich von den nach Art. 58 BauG zu widerrufenden Bewilligungen: Als ursprünglich rechtmässig erlassene Baubewilligung ist sie nach dem grundsätzlich freien Ermessen der Behörde widerrufbar. Obwohl der Widerruf dem Ermessen der Behörde anheimgestellt ist, wird sein möglicher Zeitpunkt aber von Art. 49 Abs. 2 BauG selbst beschränkt:[1)] Der Widerruf kann erst erfolgen, wenn die Durchsetzung der verletzten Bauvorschriften im öffentlichen Interesse notwendig wird; dann hat die Bewilligungsbehörde jedoch keine Rücksicht mehr zu nehmen auf die Interessen des Bewilligungsempfängers. Solange sich der Widerruf als nicht notwendig erweist, muss die Behörde den Anspruch des Bewilligungsempfängers auf die - wenn auch begrenzte - Bestandeskraft der Bewilligung respektieren. Damit rechnet der Bewilligungsempfänger: Er vermag den Zeitpunkt des Widerrufs ungefähr abzuschätzen. Da er sich darauf verlassen kann, dass dieser erst erfolgt, wenn das öffentliche Interesse ihn als notwendig erscheinen lässt, verspricht er sich angesichts des relativ geringen finanziellen Aufwandes zum Bau einer Fahrnis- oder Kleinbaute mehr Vorteile aus deren Nutzung während unbestimmter Zeit, als Nachteile aus ihrer möglichen Beseitigung.

Die Bestimmung, der Widerruf könne "jederzeit" erfolgen, erleichtert diesen insofern, als keine Interessenabwägung mehr

---

1) Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 221, Bemerkung I c, mit Verweisungen.

vorgenommen werden muss, sobald ihn öffentliche Interessen notwendig erscheinen lassen. Sowohl vor wie nach Baubeginn kann ohne Rücksicht auf die Interessenlage des Bewilligungsempfängers unverzüglich widerrufen werden.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei einer als Ausnahme erteilten kleinen Baubewilligung der Widerruf nur dann "jederzeit" möglich ist, wenn die durch die Ausnahmebewilligung verletzte Bauvorschrift ihn notwendig macht. Soll der Widerruf wegen eines Widerspruchs der Bewilligung zu einer andern öffentlich-rechtlichen Vorschrift erfolgen, so sind die Widerrufsvorschriften von Art. 58 BauG anwendbar, wie bei einer Baubewilligung, welche nicht als Ausnahme gemäss Art. 49 BauG erteilt worden ist.

7. Formellrechtliches zum Widerruf

Formellrechtlich beschäftigen uns zwei Fragen zum Widerruf:

- Wann ist eine Baubewilligung dank ihrer materiellen Rechtskraft nicht mehr widerrufbar?
- In welchem Verfahren wird der Widerruf durchgeführt?

7.1. MATERIELLE RECHTSKRAFT DER BAUBEWILLIGUNG

7.1.1. Rechtskraft des regierungsrätlichen Beschwerdeentscheides

Schon lange hat die Erkenntnis, dass nur Verwaltungsjustizentscheide mit Urteilscharakter, nicht aber blosse Verwaltungsverfügungen materielle Rechtskraft erlangen, gestützt auf die Lehre Fleiners[1] im bernischen Verwaltungsverfahren Eingang gefunden.[2] In der Frage hingegen, wann ein Verwaltungsjustizverfahren zu einem materiell rechtskräftigen Urteil führe und wann das Urteil bloss formelle Rechtskraft aufweise, wichen Lehre und Praxis voneinander ab. In diesem Zusammenhang führt Blumenstein[3] zur Beschwerde gegen eine Baubewilligung aus: "Mit der Ergreifung der Beschwerde oder des Rekurses wird ein Verwaltungsprozessverfahren eröffnet, das mit einem Urteil endigt. Diese Tatsache verleiht

1) Fleiner, Institutionen, S. 196 ff.
2) Blumenstein, in MBVR 46 (1948), S. 4 f.
3) Blumenstein, in MBVR 46 (1948), S. 6 f.

aber der anzufechtenden Verfügung nicht Urteilscharakter. Diese bleibt vielmehr nach wie vor eine blosse Verwaltungsverfügung und es steht deshalb ihr gegenüber auch der Einreichung eines Wiedererwägungsgesuches an die verfügende Behörde nichts im Wege."

Lange Zeit schloss sich die bernische Praxis der Auffassung Blumensteins nicht an. Der Regierungsrat betrachtete seine Baurekursentscheide nicht als blosse Verwaltungsverfügungen, sondern als rechtskräftige Urteile.[1] Spätestens mit Inkraftsetzung des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. Oktober 1962 hat sich diese Praxis jedoch geändert. Nach heutiger Auffassung stellt der Entscheid über ein Baugesuch eine Verwaltungsverfügung dar, gleichgültig, ob er in einem einfachen Verwaltungsverfahren vor dem Regierungsstatthalter oder in einem Verwaltungsjustizverfahren vor dem Regierungsrat gefällt wurde. Die Baubewilligung erlangt mit dem Regierungsratsentscheid also keine materielle Rechtskraft.[2]

Unklarheit herrscht in der bernischen Praxis immer noch bezüglich der Rechtskraft von Verwaltungsjustizentscheiden. Nach wie vor gilt nämlich der Grundsatz, dass Verwaltungsjustizentscheide i n d e r R e g e l materielle Rechtskraft erlangen.[3]

---

1) Vgl. MBVR 53 (1955), Nr. 126, S. 363: Mit Verweisung auf Blumenstein in MBVR 23 (1925), S. 265, fällte der Regierungsrat diesen Entscheid und überging die Vorbringen des Gesuchstellers, welcher seinerseits auf Blumensteins Ausführungen in MBVR 46 (1948), S. 6 ff., verwiesen hatte. MBVR 49 (1951), Nr. 57, S. 127; 34 (1936), Nr. 202.

2) MBVR 68 (1970), S. 263 = RRB Nr. 6249 vom 17. September 1969; vgl. auch RRB Nr. 286 vom 29. Januar 1975. Es zeigt sich an dieser Stelle aber, dass heute der Begriff "Verwaltungsjustizentscheid" offenbar für jene Fälle, in welchen er materielle Rechtskraft erlangt und für jene, in welchen dies nicht der Fall ist, verschieden umschrieben werden sollte.

3) Vgl. VGE i.S. Tennisclub Muri-Gümligen vom 11. Mai 1970, E. II 2 a.

Mit Rücksicht darauf, dass materiell rechtskräftige Baubewilligungen nicht widerrufen werden können, gilt es deshalb zu untersuchen, wann ein Bauentscheid überhaupt materielle Rechtskraft erlangen kann.

Gemäss Art. 1 VRP sind sowohl der Regierungsstatthalter, die Direktionen des Regierungsrates, der Regierungsrat als auch das Verwaltungsgericht Verwaltungsjustizbehörden. Zutreffender wäre es, Regierungsstatthalter, Direktionen und Regierungsrat als interne Verwaltungsjustizbehörden[1] zu bezeichnen.[2] Eigentliche Verwaltungsjustizbehörde wäre dann nur das unabhängige, ausserhalb der Behördenhierarchie stehende Verwaltungsgericht.[3]

Die internen Verwaltungsjustizbehörden haben im Gegensatz zum Verwaltungsgericht eine Doppelfunktion: Je nach Art ihres Tätigwerdens sind sie Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörde. Gelangt zufolge Ergreifung eines Rechtsmittels eine Sache auf dem Verwaltungsweg an eine obere Verwaltungsbehörde, so wird sie zwar als interne Verwaltungsjustizbehörde tätig, ihr Verwaltungsentscheid trägt aber weiterhin den Stempel ihrer Doppelfunktion.[4]

7.1.2. Der materiell rechtskräftige Verwaltungsjustizentscheid

Einzig aus der Tatsache, dass der Entscheid einer Verwaltungsjustizbehörde vorliegt, zu schliessen, dass er materiell rechtskräftig sei, wäre falsch.

---

1) Oder: verwaltungsinterne Justizbehörden.
2) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 457.
3) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 121.
4) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 28, 121.

Imboden[1] führt aus, Rekursentscheidungen, namentlich Urteile des Verwaltungsgerichts, seien in dem Sinne materiell rechtskräftig, als das Rekursverfahren unter Vorbehalt von Revisionsgründen nicht wieder aufgenommen werden könne.

Blumenstein zieht zu Recht weitere Kriterien zur Bestimmung des materiell rechtskräftigen Verwaltungsjustizentscheides heran: Ob ein Beschwerdeentscheid als materiell rechtskräftiges Urteil einen Rechtsstreit erledigt und damit einen unabänderlichen Rechtszustand schafft, der nur noch durch ein gesetzlich vorgeschriebenes, ausserordentliches Rechtsmittel angefochten werden kann, hängt davon ab, ob er eine Unangemessenheits- oder eine Rechtsbeschwerde entscheidet. Nur der Entscheid über eine Rechtsbeschwerde erlangt - sofern die letzte in Betracht kommende Instanz entschieden hat - materielle Rechtskraft.[2] Der Entscheid über eine Unangemessenheitsbeschwerde erlangt keine materielle Rechtskraft, da diese Beschwerde keine Feststellung des gesetzlich gewollten Rechtszustandes mit massgeblicher Bedeutung für die Beteiligten bezweckt, sondern eine Korrektur der angefochtenen Verfügung in tatsächlicher Beziehung.

Ein Baubeschwerdeverfahren auf dem Verwaltungsweg, d.h. vor den internen Verwaltungsjustizbehörden, führt folglich zu keinem materiell rechtskräftigen Entscheid: Die hierarchisch übergeordnete Behörde kann sich immer mit Ermessensfragen befassen[3] und ist auch nicht letzte Instanz in der Abklärung von Rechtsfragen, da diese mit Beschwerde ans Verwal-

---

1) Vgl. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 171, Nr. 322, Bemerkung III d.

2) Vgl. Blumenstein, in MBVR 48 (1950), S. 211. Seine Ausführungen haben in dieser allgemeinen Form heute noch Gültigkeit, obwohl sie sich auf das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 31. Oktober 1909 beziehen. In gleichem Sinne: Gygi/Stucki, Handkommentar, Vorbemerkungen zu VI, S. 120 ff.

3) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 234, N. 13 zu Art. 57 BauG.

tungsgericht weitergezogen werden können.[1] Die Entscheide der internen Verwaltungsjustizbehörden bleiben Verfügungen in der Form von Urteilen.[2] Es fragt sich, ob der Beschwerdeentscheid des Verwaltungsgerichtes der Baubewilligung zu materieller Rechtskraft verhelfen kann.

7.1.3. Die Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeentscheides

Mit dem Entscheid des Regierungsrates ist der Verwaltungsweg und damit die sachliche und ermessensmässige Behandlung des Baugesuches abgeschlossen. Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht[3] umfasst als Streitgegenstand[4] nur noch die vom Beschwerdeführer aufgegriffenen Rechtsfragen.[5] Das Verwaltungsgericht kann die Beschwerde auf drei verschiedene Arten beurteilen:

a) Es weist die Bescherde ab. Dieser Entscheid bedeutet nicht eine umfassende Bestätigung des Regierungsratsentscheides. Da er sich auf die, den Streitgegenstand bildenden Rechtsfragen beschränkt, stellt er nur fest, dass der Entscheid des Regierungsrates in diesem Rahmen nicht rechtswidrig sei. Insofern ist der Entscheid abschliesslich und erlangt materielle Rechtskraft.[6] Im

---

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, S. 234, N. 15 zu Art. 57 BauG.
2) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 135, VI 3 f.
3) Gemäss Art. 57 Abs. 3 BauG kann der Entscheid des Regierungsrates über die Baubeschwerde mit Beschwerde innert 30 Tagen beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Diese Beschwerde war bereits vor Inkrafttreten des Baugesetzes in Art. 15 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b VRP vorgesehen, wobei nun aber der Kreis der Beschwerdelegitimierten auf die Einsprecher ausgedehnt wurde. Vgl. Art. 57 Abs. 3 Satz 2 BauG; Zaugg, Kommentar, S. 235, N. 16 zu Art. 57.
4) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 133, N. I 3 d.
5) Vgl. Art. 16 Abs. 2 VRP.
6) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 133/135, N. I 3 d und g.

übrigen erfährt die Rechtskraftswirkung des Regierungsentscheides und damit auch der Baubewilligung keine Veränderung.[1)]

b) Es heisst die Beschwerde gut. Dadurch hebt es den Regierungsratsentscheid auf und weist die Sache in der Regel zur Neuentscheidung an den Regierungsrat zurück. Die materielle Rechtskraft dieses Entscheides beschränkt sich ebenfalls auf die behandelten Rechtsfragen.

Auch dann, wenn das Verwaltungsgericht anstelle des Regierungsrates selber neu entscheidet,[2)] entwickelt dieser Entscheid nur insofern materielle Rechtskraft, als er den Streitgegenstand betrifft. Im übrigen wird er - wie der Entscheid des Regierungsrates - nur formell rechtskräftig.[3)]

c) Es tritt auf die Beschwerde nicht ein. Ohne sich materiell mit dem Streitgegenstand zu befassen, fällt es somit ein Prozessurteil über eine sogenannte Prozessvoraussetzung.[4)] Dieses Urteil erlangt materielle Rechtskraft.[5)] Auf den Regierungsratsentscheid dehnt sich die materielle Rechtskraft jedoch nicht aus. Dieser stellt weiterhin eine Verwaltungsverfügung dar und wird nur formell rechtskräftig, wie wenn kein Rechtsmittel gegen ihn erhoben worden wäre.[6)]

Auch durch einen verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeentscheid erlangt also eine Baubewilligung grundsätzlich keine materielle Rechtskraft. Die einzige mate-

---

1) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 134, N. I 3 e.
2) Vgl. Art. 82 Abs. 3 VRP.
3) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 134 f., N. I 3 f.
4) Nach Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 132, N. I 1, sollte es richtiger "Sachurteilsvoraussetzung" heissen.
5) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 133 f., N. I 3 d.
6) Vgl. MBVR 68 (1970), S. 263.

rielle Rechtskraftwirkung, welche bezüglich des regierungsrätlichen Baubeschwerdeentscheides vom Entscheid des Verwaltungsgerichtes ausgeht, ist jene, dass die behandelten Rechtsfragen, in dem durch den Streitgegenstand gegebenen Rahmen als materiell rechtskräftig entschieden gelten und insofern nicht mehr in Wiedererwägung gezogen werden können.[1)]

7.2. DAS WIDERRUFSVERFAHREN

Gegen rechtskräftige Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizentscheide kann der Betroffene das Gesuch um Neues Recht oder um Wiedererwägung stellen. Unter Umständen greift er auch zum Mittel der Aufsichtsbeschwerde.

7.2.1. Neues Recht, Wiedererwägung und Aufsichtsbeschwerde

7.2.1.1. Neues Recht

Das Institut des Neuen Rechts[2)] ist ein, der zivilprozessualen Revision[3)] nachgebildetes ausserordentliches Rechtsmittel,[4)] weshalb es häufig auch als Revision bezeichnet wird.[5)]

---

1) Vgl. dazu auch Gygi, in ZSR 78 (1959), S. 402.
2) Vgl. Art. 75 ff. VRP.
3) Vgl. Kummer, Grundriss, S. 199 ff.
4) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 121, N. VI 3; Kummer, Grundriss, S. 199.
5) Vgl. Gygi, in ZSR 1959, S. 402.

Als ausserordentliches Rechtsmittel richtet sich das Neue Recht nur gegen rechtskräftige Entscheide,[1] worunter nur materiell rechtskräftige Verwaltungsjustizentscheide zu verstehen sind.[2]

Um dieses ausserordentliche Rechtsmittel ergreifen zu können, muss der Gesuchsteller neue Beweismittel oder neue erhebliche Tatsachen vorbringen oder nachweisen, dass durch eine strafbare Handlung auf den angefochtenen Entscheid eingewirkt wurde. Das Gesuch um Neues Recht muss binnen drei Monaten seit dem Zeitpunkt, in dem die neuen Beweismittel zur Hand gebracht oder entdeckt oder die neuen Tatsachen bekannt waren, oder das strafrechtliche Endurteil gefällt wurde, bei der Verwaltungsjustizbehörde, die zuletzt geurteilt hat, eingereicht werden.[3]

Mit dem Eintreten auf das Gesuch um Neues Recht vermag sich die Behörde über die materielle Rechtskraft des Entscheides hinwegzusetzen.[4] Sie prüft nun die Sache erneut in einem ordentlichen Verfahren, welches sie mit einem neuen gleich- oder anderslautenden Entscheid abschliesst.[5] Das Neue Recht ist ein Rechtsmittelverfahren. Es begründet deshalb niemals einen Widerrufsentscheid im Sinne unserer Definition.[6]

---

1) Art. 75 Abs. 1 VRP.
2) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 126 f., N. 2; Gygi, in ZSR 1959, S. 402 ff.; anderer Ansicht Schwere, Diss., S. 204, mit Verweisungen, der die Revision auch gegen formell rechtskräftige Verfügungen als zulässig erachtet.
3) Art. 75, 76 VRP.
4) Blumenstein, in MBVR 46 (1948), S. 2; MBVR 53 (1955), S. 363.
5) Vgl. Schwere, Diss., S. 205.
6) Vgl. vorne S. 30.

7.2.1.2. Wiedererwägungsgesuch

Das Wiedererwägungsgesuch ist kein vom Verwaltungsverfahrensrecht vorgesehenes Rechtsmittel.[1] Es wird dem von einer Verfügung Betroffenen zuerkannt[2] mit Rücksicht auf die Tatsache, dass die Behörden ihre Entscheide grundsätzlich in Wiedererwägung ziehen können. Es ist voraussetzungslos zulässig, weder an eine Frist noch an eine Form gebunden.[3] Die Bezeichnung des Wiedererwägungsgesuches als Rechtsmittel wäre falsch, weil es jederzeit, auch bezüglich noch nicht rechtskräftiger Entscheide oder Verfügungen, gestellt werden kann.[4] Aus Gründen der Prozessökonomie ist es sogar zulässig, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, während bereits eine Beschwerde gegen den in Wiedererwägung zu ziehenden Entscheid hängig ist.[5] Ausgeschlossen ist das Wiedererwägungsgesuch nur gegenüber Verwaltungsakten und Entscheiden, welche materielle Rechtskraft erlangt haben. Diese können nur noch mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel des Neuen Rechts angefochten werden.

"Gegen Verwaltungsverfügungen der Direktionen des Regierungsrates oder ihrer Unterabteilungen können die Betroffenen Einsprache erheben."[6] Diese Bestimmung führt zur Frage, ob auch gegen eine von der Baudirektion erteilte, noch nicht rechtskräftige Baubewilligung betreffend eine Ablagerungsstelle für ausgediente Fahrzeuge, Maschinen und

---

1) MBVR 71 (1973), S. 276; 72 (1974), S. 259.
2) Vgl. Blumenstein, in MBVR 46 (1948), S. 5; MBVR 49 (1951), Nr. 57, S. 127.
3) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 462 f.; Schwere, Diss., S. 199.
4) Vgl. Schwere, Diss., S. 199, mit Verweisungen.
5) MBVR 68 (1970), S. 264; 69 (1971), Nr. 85, S. 477 = BGE i.S. Tennisclub Muri-Gümligen vom 17. Februar 1971, Erw. 6. Geht die Sache wegen Devolutiveffekts der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz über, hat diese die Möglichkeit, in eigener Kompetenz zu befinden, anstatt den Wiedererwägungsentscheid abzuwarten. Vgl. RRB Nr. 57 vom 5. Januar 1972.
6) Art. 10 Abs. 1 Delegationsgesetz vom 7. Juni 1970.

Geräte[1] ein Wiedererwägungsgesuch gestellt werden kann oder ob eine Einsprache im Sinne des Delegationsgesetzes an die Baudirektion erfolgen muss.

Das Delegationsgesetz bestimmt in Art. 15 Ziff. 2, dass in allen Verfahren, bei denen vorgängig des Erlasses einer Verwaltungsverfügung ein Einspracheverfahren durchgeführt wird - wie z.B. im Baubewilligungsverfahren -, das Einspracheverfahren, unter Wahrung des Beschwerderechtes, unterbleibt.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes[2] kommt es dabei nicht darauf an, dass ein Einspracheverfahren im Sinne von Art. 23 ff. BewD wegen eingegangener Einsprachen tatsächlich durchgeführt wurde, sondern nur darauf, dass ein Einspracheverfahren von Gesetzes wegen vorgesehen ist und durchgeführt werden muss. Dem von den Auswirkungen einer allfälligen Baubewilligung Betroffenen muss nur die Möglichkeit gegeben sein, Einsprache zu erheben. Ob tatsächlich Einsprachen eingehen, spielt keine Rolle.

Da im Publikations- und Auflageverfahren von der Gemeindebehörde Gelegenheit zur Einsprache geboten werden muss,[3] fällt die Möglichkeit zur Erhebung einer Einsprache bei der Baudirektion als Baubewilligungsbehörde weg. Ein Wiedererwägungsgesuch ist deshalb auch in diesem Falle zulässig.

---

1) Art. 7 Abs. 3 BewD.

2) Das Einspracheverfahren wird nicht durchgeführt, wenn vorgängig des Erlasses einer Verwaltungsverfügung "ein Einspracheverfahren durchgeführt w i r d ".

3) Art. 12 ff. BewD, insbesondere Art. 21 lit. e.

7.2.1.3. Aufsichtsbeschwerde

Dem hierarchischen Aufbau der Verwaltung entsprechend übt normalerweise die übergeordnete Behörde die Aufsicht über die ihr untergeordnete aus.[1)]

Die Aufsichtsbeschwerde ist kein gesetzlich vorgesehenes Rechtsmittel und nur subsidiär zu administrativen Rechtsmitteln zulässig. Als eine Art Anzeige an die obere Behörde fordert sie diese auf, als Aufsichtsinstanz tätig zu werden, da sich die untergeordnete Behörde eine Widerrechtlichkeit formell- oder materiellrechtlicher Natur habe zu Schulden kommen lassen.[2)] Ein allfälliges Tätigwerden als Aufsichtsbehörde ist aber eine rein verwaltungsinterne Angelegenheit, die von aussen nicht in zwingender Weise beeinflusst werden kann. Deshalb ist die Aufsichtsinstanz weder verpflichtet, auf die Beschwerde einzutreten oder dem Anzeiger Mitteilung zu machen, noch überhaupt tätig zu werden.

Unsere grundsätzlichen Ueberlegungen zu Neuem Recht, Wiedererwägungsgesuch und Aufsichtsbeschwerde lassen den Schluss zu, dass nur eine Wiedererwägung von Amtes wegen oder eine solche aufgrund eines Wiedererwägungsgesuches zu einen Widerruf im Sinne unserer Definition führen kann. Zu den Wiedererwägungen, welche von Amtes wegen erfolgen, sind - dem Wesen der Aufsichtsbeschwerde entsprechend - auch jene zu zählen, welche durch eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde[3)] ausgelöst werden.

Wiedererwägungsgesuche gegen Baubewilligungen, die noch keine Rechtskraft erlangt haben, können nicht zu einem

---

1) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 457.
2) Vgl. dazu und zum folgenden Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 708 f., Bemerkungen zu Nr. 641; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 474; Fleiner, Institutionen, S. 229.
3) Wie die Aufsichtsbeschwerde an sich zutreffender genannt wird.

Widerruf im eigentlichen Sinne führen, da nur rechtskräftige Verwaltungsakte widerrufen werden können. Wir haben uns deshalb im folgenden nur mit dem Wiedererwägungsgesuch zu befassen, das sich gegen eine formell rechtskräftige Baubewilligung richtet.

7.2.2. Aktivlegitimation zum Wiedererwägungsgesuch

Zum Wiedererwägungsgesuch ist legitimiert, wer bei materiell rechtskräftigen Entscheiden zum Gesuch um Neues Recht legitimiert ist, denn es wäre unbillig, bei Verwaltungsakten, die keine materielle Rechtskraft erlangen, strengere Massstäbe anzulegen. Legitimiert sind folglich die Parteien und die Beigeladenen.[1)]

Das Wiedererwägungsgesuch kann jederzeit gestellt werden und ist an keine Rechtsmittelfristen gebunden. Daher ist m.E. ebenfalls als legitimiert anzuerkennen, wer legitimiert gewesen wäre, ein Rechtsmittel zu ergreifen, dies aber unterlassen hat, da er aus entschuldbaren Gründen von der behaupteten Widerrechtlichkeit der Baubewilligung keine Kenntnis hatte.[2)]

---

1) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 127, N. 3 Satz 1 und 2 zu Art. 75 VRP.
2) Vgl. Schwere, Diss., S. 200; in MBVR 68 (1970) wird das Wiedererwägungsgesuch dagegen als "subsidiäres" Rechtsmittel bezeichnet.

7.2.3. Behördliche Zuständigkeit zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuches

Wie beim Gesuch um Neues Recht ist zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuches jene Instanz zuständig, welche zuletzt in der Sache, die in Wiedererwägung gezogen werden soll, entschieden hat.[1] So ist jeweils jene Instanz mit der Wiedererwägung befasst, die sich zuletzt in einem Entscheid mit den wieder in Erwägung zu ziehenden Fragen auseinandergesetzt hat oder aufgrund ihrer umfassenden Kognitionsbefugnis hätte auseinandersetzen können. Im internen Verwaltungsjustizverfahren hat sich ein Gesuch um Wiedererwägung der Baubewilligung also an jene Behörde zu richten, welche zuletzt in der Sache geurteilt hat. Fällte die Behörde einen Nichteintretensentscheid, so kann sie nur diesen Entscheid, nicht aber die Baubewilligung in Wiedererwägung ziehen. Vom Verwaltungsgericht materiell rechtskräftig beurteilte Rechtsfragen können aufgrund eines eigentlichen Wiedererwägungsgesuchs nicht mehr in Wiedererwägung gezogen werden. Einzig wenn Neurechtsgründe vorliegen, kann das Verwaltungsgericht sein Urteil in Wiedererwägung ziehen, indem es das Wiedererwägungsgesuch als Gesuch um Neues Recht behandelt.[2]

7.2.4. Eintretensbefugnis und Eintretenspflicht

Die bernische Praxis hat sich bezüglich der Frage der Eintretenspflicht deutlich gewandelt: Ursprünglich überwog die

---

1) Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 130, N. 1 zu Art. 78 VRP betreffend die Zuständigkeit zur Beurteilung des Gesuches um Neues Recht; in diesem Sinne auch MBVR 71 (1973), S. 274 = RRB Nr. 712, 1972.

2) Vgl. MBVR 71 (1973), S. 274.

Auffassung, dass grundsätzlich keine Pflicht zum Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch bestehe.[1] Nach der Praxis des Regierungsrates wurde auf ein Wiedererwägungsgesuch prinzipiell nur dann eingetreten, wenn die Voraussetzungen des Neuen Rechts vorlagen.[2] Indem aber auch in diesem Fall das Eintreten grundsätzlich freigestellt blieb, wurden an die Wiedererwägung noch höhere Anforderungen gestellt als an die Revision. Die Rechtsprechung wurde denn auch in dem Sinne geändert, dass auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten werden muss, wenn die Voraussetzungen des Neuen Rechts gegeben sind.[3] Diese Praxis liess implizite bereits ein Eintreten in weiteren Fällen zu. Die Beschränkung der Eintretenspflicht auf die Revisionsvoraussetzungen erscheint ohnehin zu eng, wenn man in Betracht zieht, dass die Behörde von Amtes wegen praktisch jederzeit ihren Entscheid einer Wiedererwägung unterziehen kann. In der neueren Rechtsprechung ist denn auch die Tendenz feststellbar, die Eintretenspflicht weiter auszudehnen: Ein Regierungsratsentscheid aus dem Jahre 1973 stellt fest, es bestehe eine Eintretenspflicht auch dann, wenn eine offensichtliche Rechtsverletzung vorliege, bei deren Kenntnis die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen oder auf Anzeige (Aufsichtsbeschwerde) hin einschreiten müsste.[4] In der schweizerischen Rechtsprechung herrscht heute allgemein die Auf-

---

1) Gleicher Meinung Fleiner, Institutionen, S. 229; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 474 f.

2) MBVR 27 (1929), Nr. 7, S. 202; 40 (1942), Nr. 44, S. 116; 41 (1943), Nr. 135, S. 270; 42 (1944), Nr. 56, S. 115; 43 (1945), Nr. 47, S. 130; 49 (1951), Nr. 57, S. 127; 53 (1955), Nr. 126, S. 362; Blumenstein, in MBVR 46 (1948), S. 7, kritisiert offenbar diese Praxis, wenn er ausführt, es sei unzutreffend, die Beteiligten, welche gegen einen nicht materiell rechtskräftigen Entscheid vorgehen möchten, auf den Weg des Neuen Rechts zu verweisen, d.h. ihr Wiedererwägungsgesuch nur dann anzunehmen, wenn einer der in Art. 35 VRP genannten Gründe für ein Gesuch um Neues Recht geltend gemacht werde.

3) MBVR 57 (1959), Nr. 43, S. 133 f.; 67 (1969), Nr. 28, S. 80; ZBl 59 (1958), S. 328; RRB 2132 vom 31. Mai 1972.

4) MBVR 72 (1974), S. 259.

fassung, auf ein Wiedererwägungsgesuch müsse eingetreten werden, wenn von Art. 4 BV abgeleitete Gründe es erheischen.[1] Ausserdem steht es der Behörde frei, auf jedes Wiedererwägungsgesuch einzutreten, es sei denn, dieses sei in offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Absicht gestellt worden.[2]

Es zeigt sich, dass die Probleme bezüglich der Eintretensfrage sich mit jenen der behördlichen Ermessensbetätigung im allgemeinen decken.[3] Wenn wir deshalb feststellen, dass das Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch im pflichtgemässen Ermessen der Behörde liege, umschreiben wir in allgemeiner Form das grundsätzliche Fehlen einer Eintretenspflicht innerhalb der Grenzen von Art. 4 BV. Sowohl die formellrechtliche Frage des Eintretens auf ein Wiedererwägungsgesuch, als auch die materiellrechtliche des effektiven Widerrufs[4] werden also letztlich durch den Grundsatz der Rechtsgleichheit beantwortet.

7.2.5. Weiterziehung des Wiedererwägungsentscheides

Führt die Wiedererwägung eines Baubewilligungsentscheides zu dessen Widerruf nach Art. 58 BauG, so ist dieser Widerrufsentscheid gleichermassen weiterziehbar, wie es der Baubewilligungsentscheid selbst war, da er diesen ersetzt.[5]

---

1) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 462, mit Verweisungen.

2) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 462, mit Verweisungen. Nicht durchgesetzt hat sich die Auffassung Blumensteins (MBVR 46 (1948), S. 7), wonach auf ein Wiedererwägungsgesuch immer eingetreten werden muss und bloss kein Rechtsanspruch darauf besteht, dass die angegangene Behörde ihre Verfügung wirklich in Wiedererwägung zieht oder sie sogar abändert.

3) Nach Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 78, Bemerkung VIII a zu Nr. 221, keine eigentliche Ermessensbetätigung.

4) Vgl. vorne S. 85 ff.

5) Art. 58 Abs. 3 Satz 2 BauG.

Wird das Wiedererwägungsgesuch abgewiesen, so kann nicht das Wiedererwägungsgesuch selber, sondern nur der Entscheid über die Abweisung weitergezogen werden.[1)]

Ebenso muss es schliesslich zulässig sein, einen auf ein Wiedererwägungsgesuch hin gefällten Nichteintretensentscheid im Rahmen der Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege weiterzuziehen. Die obere Instanz prüft dabei keine materiellen Gesichtspunkte, sondern nur die Eintretensfrage.[2)]

7.2.6. Zuständigkeit zum Widerruf

Zuständig zum Widerruf einer Baubewilligung ist jene Behörde, welche den Bewilligungsentscheid in Wiedererwägung gezogen hat. Dies ist die jeweilige Baubewilligungsbehörde.[3)]

Nach Art. 58 Abs. 1 Satz 2 BauG kann die kantonale Baudirektion nach Anhörung der Baubewilligungsbehörde den Widerruf selber anordnen. Ob sie den Widerruf anordnen und damit als Aufsichtsbehörde tätig werden will, liegt in ihrem Ermessen.[4)] In analoger Anwendung von Art. 58 Abs. 1 Satz 2 BauG wird der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde den Widerruf von Baubewilligungen anordnen können, für deren Erteilung die Baudirektion zuständig ist.[5)]

Der Widerruf selber ist nach seiner verbindlichen Anordnung durch die Aufsichtsbehörde weiterhin Sache der Baubewilli-

---

1) MBVR 43 (1945), Nr. 71, S. 184; 46 (1948), Nr. 164, S. 377; 57 (1959), Nr. 43, S. 133 f.; 71 (1973), S. 274.
2) Vgl. Grisel, Droit administratif, S. 463; Schwere, Diss., S. 201.
3) Art. 58 Abs. 1 Satz 1 BauG.
4) Vgl. RRB Nr. 4142 vom 21. November 1973 und vorne S. 121 f.
5) Art. 7 Abs. 3 BewD.

gungsbehörde.[1] Der Gesetzgeber übertrug der Baudirektion die Befugnis, einen Widerruf verbindlich anzuordnen, um zu vermeiden, dass sie den Widerruf als Ersatzvornahme selber verfügen müsse, wenn sich die Baubewilligungsbehörde weigern würde, diesen vorzunehmen.[2]

7.2.7. Vorsorgliche Massnahmen bei der Wiedererwägung

Analog zum Gesuch um Neues Recht[3] und zur Aufsichtsbeschwerde[4] kommt auch dem Wiedererwägungsgesuch keine aufschiebende Wirkung zu. Die Baubewilligung bleibt also rechtskräftig und der Bewilligungsempfänger wird nicht an ihrer Ausübung gehindert. Auch wenn die Bewilligungsbehörde ihren Entscheid von Amtes wegen in Wiedererwägung zieht, treten keine Wirkungen ein, welche die Ausübung der Baubewilligung direkt beeinflussen. Mit Rücksicht auf einen allfälligen Widerruf ist es aber notwendig, dass der Bewilligungsempfänger daran gehindert wird, im Vertrauen auf seine Baubewilligung Aufwendungen zu machen.

Vor Beginn der Bauarbeiten mag es genügen, wenn die Bewilligungsbehörde dem Bewilligungsempfänger unverzüglich von der Anhebung des Wiedererwägungsverfahrens Mitteilung macht und ihn in Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Vernehmlassung auffordert.[5] Die Baubewilligung verliert da-

---

1) Vgl. RRB 4142 vom 21. November 1973, E. 1.
2) Vgl. die Ausführungen Zauggs im Protokoll zur Sitzung der grossrätlichen Kommission für die Beratung des Baugesetzes und der Dekrete über das Normalbaureglement und das Baubewilligungsverfahren vom 1. bis 3. Dezember 1969, S. 15.
3) Art. 77 VRP.
4) Schwere, Diss., S. 202.
5) Vgl. Schwere, Diss., S. 200.

durch ihre Rechtswirkung nicht. Der Bewilligungsempfänger wird aber Aufwendungen vermeiden, da er sonst Gefahr läuft, im Falle eines Widerrufs nicht dafür entschädigt zu werden.[1)]

Um das öffentliche Interesse zu wahren und das Gebot der Verhältnismässigkeit des behördlichen Eingriffs im Falle eines Widerrufs nicht zu verletzen, hat die Behörde - insbesondere nach Beginn der Bauarbeiten - unter Umständen ein Interesse, die Rechtswirkungen der Baubewilligung unverzüglich zu hemmen. Diese Wirkung kann nur erzielt werden, wenn die mit der Wiedererwägung befasste Behörde die Möglichkeit hat, in Analogie zum Revisionsverfahren[2)] vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 60 VRP zu erlassen.[3)] Eine solche Verfügung kommt inhaltlich einer Baueinstellungsverfügung[4)] gleich und verhindert die wesentliche Veränderung der Streitsache während des Wiedererwägungsverfahrens.[5)]

7.3. VOLLSTRECKBARKEIT

Die Widerrufsverfügung ist gemäss Art. 58 Abs. 3 BauG sofort vollstreckbar. Sie kann demnach ohne Erlass einer weiteren Vollstreckungsverfügung durchgesetzt werden. Ferner tritt ihre Wirkung mit Erlass ein und nicht erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. Die Einlegung eines Rechtsmittels zeitigt keine aufschiebende Wirkung. Praktisch bedeutet dies für den Baubewilligungsempfänger, dass seine Baubewilligung mit Eröffnung der Widerrufsverfügung insoweit

1) Vgl. hinten S. 137.
2) Art. 77 Abs. 2 VRP.
3) Vgl. Gygi/Stucki, Handkommentar, S. 129, N. 1 zu Art. 77 VRP.
4) Art. 61 Abs. 1 BauG.
5) Art. 60 Ziff. 2 VRP.

in ihren Rechtswirkungen gehemmt wird, als sie widerrufen wird. Der definitive Verlust dieser Rechtswirkungen tritt jedoch erst mit Rechtskraft der Widerrufsverfügung ein.

Der Erlass einer Widerrufsverfügung zeitigt also dieselben Folgen wie eine vorsorgliche Massnahme: Beim Widerruf nach Baubeginn beinhaltet die Widerrufsverfügung ausdrücklich oder implizite den Befehl zur Einstellung der Bauarbeiten, sofern diese durch die Widerrufsverfügung betroffen werden. Wird die Widerrufsverfügung rechtskräftig, hat dies aufgrund ihrer Wirkung "ex tunc"[1] zur Folge, dass alle Bauteile, welche gestützt auf den nun widerrufenen Teil der Baubewilligung gebaut wurden, als rechtswidrig erstellt gelten. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes müssen sie deshalb beseitigt werden.[2]

---

1) Vgl. vorne S. 90 f.
2) Vgl. Art. 61 BauG.

8. Entschädigung

8.1. Entschädigungsvorschrift von Art. 58 BauG

Wird eine Baubewilligung widerrufen, behält Art. 58 Abs. 2 lit. a BauG die Entschädigung des Eigentümers in sinngemässer Anwendung der Bestimmungen über die materielle Enteignung vor.[1] Diese Entschädigungsvorschrift beschränkt sich auf den Widerruf der Baubewilligung nach Beginn der Bauarbeiten. Die Entschädigungspflicht beim Widerruf nach Baubeginn war in der bernischen Praxis bereits vor Inkrafttreten des Baugesetzes vom 7. Juni 1970 anerkannt.[2] Auf eine allfällige Entschädigungspflicht beim Widerruf vor Baubeginn geht das Gesetz nicht ein. In der bernischen Praxis besteht jedoch die Tendenz, vor Baubeginn nicht zu entschädigen,[3] welche Zimmerlin bereits für die alte aargauische Praxis nachgewiesen hat.[4]

8.1.1. Verweis auf die Vorschriften über die materielle Enteignung

Die Entschädigung aus Widerruf der Baubewilligung nach Baubeginn soll in "sinngemässer Anwendung" der Bestimmungen über die materielle Enteignung erfolgen. Im Gesetzestext wird auf

1) Art. 99 ff. BauG.
2) ZBl 67 (1966), S. 500; MBVR 65 (1967), Nr. 38, S. 145 f.
3) Vgl. MBVR 68 (1970), S. 263.
4) Vgl. Zimmerlin, Bauordnung, S. 83, N. 7 zu § 13.

Art. 89 ff. BauG verwiesen. Diese behandeln im Rahmen der im zweiten Teil des Baugesetzes aufgeführten planungsrechtlichen Vorschriften die materielle Enteignung unter dem Titel "Enteignung und Beschränkung des Grundeigentums".

Als Beispiele materieller Enteignung nennt Art. 99 Abs. 1 BauG den dauernden Einbezug eines Grundstückes in eine Frei- oder Grünfläche oder ein Schutzgebiet, sofern dieser in seiner Wirkung einer Enteignung gleichkommt. Entschädigungspflichtig ist das Gemeinwesen, das die Eigentumsbeschränkung verfügt hat. Soweit das BauG nicht ergänzende oder abweichende Vorschriften enthält, gilt gemäss Art. 95 BauG auch für die materielle Enteignung das Gesetz über die Enteignung vom 3. Oktober 1965.

8.1.2. Grundsätze der materiellen Enteignung

Die materielle Enteignung wird im Enteignungsgesetz umschrieben als "gesetzliche oder gesetzesvollziehende Eingriffe in das Eigentum und in andere Vermögensrechte, die einer Enteignung gleichkommen". Da das Gesetz grundsätzlich die formelle Enteignung regelt, finden seine Vorschriften auf die materielle Enteignung nur "sinngemässe Anwendung".[1)] Die meisten Grundsätze zur materiellen Enteignung sind deshalb nicht unmittelbar dem Enteignungsgesetz, sondern der vom Bundesgericht entwickelten Praxis zu entnehmen.

Eine öffentlich-rechtliche Beschränkung des Privateigentums darf dem Eigentümer mit Rücksicht auf Art. 22ter BV nur auferlegt werden, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruht,

---

1) Art. 1 Abs. 2 EntG.

im öffentlichen Interesse liegt und falls sie einer Enteignung gleichkommt, volle Entschädigung erfolgt.[1)]

Eine Eigentumsbeschränkung kommt einer Enteignung gleich und wird als materielle Enteignung bezeichnet, wenn der gegenwärtige oder der zukünftige, voraussehbare Gebrauch einer Sache untersagt oder besonders schwerwiegend eingeschränkt wird. Müssten einige oder nur wenige Grundeigentümer wegen einer Eigentumsbeschränkung der Allgemeinheit ein zu grosses Opfer erbringen, wenn sie nicht entschädigt würden,[2)] liegt nach der sog. "Opfertheorie" ebenfalls materielle Enteignung vor. Ausser in den letztgenannten Fällen muss die Eigentumsbeschränkung ausserordentlich ("spécial") und unvoraussehbar ("imprévisible") sein und als grundlegendstes Kriterium eine gewisse Schwere ("gravité") der Eingriffswirkung aufweisen,[3)] um ein enteigungsähnliches Mass anzunehmen. Eine Wirkung auf den zukünftigen Gebrauch der Sache ist nur dann zu berücksichtigen, wenn der fragliche Gebrauch sehr wahrscheinlich in naher Zukunft verwirklicht worden wäre.[4)]

8.2. ENTSCHÄDIGUNGSGRÜNDE BEIM WIDERRUF

Der Vergleich der Rechtswirkung einer Eigentumsbeschränkung vom Ausmass einer materiellen Enteignung mit derjenigen eines Widerrufs nach Art. 58 BauG lässt Zweifel aufkommen, ob

---

1) BGE 99 Ia 37, E. 3; 98 Ia 376, E. 4, mit Verweisungen.
2) BGE 98 Ia 384, E. 2; 97 I 634, E. 5; Gygi, in Rechtliche Probleme des Bauens, S. 98 f.; Zaugg, Kommentar, S. 305, N. 2 zu Art. 99 BauG, mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis.
3) Vgl. BGE 94 I 301 f., E. 9; Gygi, in Rechtliche Probleme des Bauens, S. 96 f.
4) BGE 98 Ia 385, E. 2; 91 I 339.

die Entschädigungsregelung der materiellen Enteignung ohne weiteres sinngemäss auf den Widerruf angewendet werden kann. Der Grund für diese Zweifel liegt in der Rechtsnatur der Baubewilligung.

Da die Baubewilligung nur feststellt, dass das Bauvorhaben ausgeführt werden darf, weil es den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen nicht widerspricht, verleiht sie keine weiteren subjektiven Rechte, sondern aktualisiert lediglich die bereits bestehenden.[1)] Die Eigentumsrechte des Grundeigentümers erfahren dadurch keine Ausdehnung. Wirkt sich eine Baubewilligung zum Vorteil des Bewilligungsempfängers aus, wenn sie im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilt wird, liegt dieser Widerspruch immer in der Missachtung einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung. Indem die Baubewilligung die Ausführung des rechtswidrigen Bauvorhabens gestattet, stellt sie zu Unrecht implizite fest, eine in Wirklichkeit existierende Eigentumsbeschränkung bestehe nicht. Ihr Widerruf korrigiert also nur diese falsche Feststellung und hält die tatsächliche Rechtslage fest. Die Eigentumsrechte des Bewilligungsempfängers werden dadurch nicht weiter eingeschränkt, als sie dies aufgrund der gesetzlichen Vorschriften bereits waren. Daraus folgt, dass der Widerruf einer ursprünglich rechtswidrigen Baubewilligung grundsätzlich keine Eigentumsbeschränkung und erst recht keine materielle Enteignung zur Folge haben kann. Der Widerruf führt deshalb nicht aus denselben Gründen wie die materielle Enteignung zur Entschädigungspflicht.

Der Bewilligungsempfänger wird durch den Widerruf der Baubewilligung insofern geschädigt, als sich seine Aufwendungen zur Ausführung des bewilligten Bauvorhabens als überflüssig erweisen. Je grösser seine Aufwendungen und je um-

---

1) Vgl. vorne S. 27.

fassender der Widerruf, desto grösser ist der dem Bewilligungsempfänger erwachsende Schaden. Da der Baubewilligungsempfänger im Vertrauen auf die rechtswidrig erteilte Baubewilligung gehandelt hat, liegt der Entschädigungsanspruch im Fehler begründet, den die Behörde bei der Erteilung jener Baubewilligung begangen hat. Der Schaden wird zwar durch einen hoheitlich-rechtmässigen Akt - den Widerruf - verursacht, sein Grund liegt aber in einem hoheitlich-rechtswidrigen Akt[1] - der vorschriftswidrigen Erteilung der Baubewilligung.

Die Verhältnisse liegen gleich wie bei einer unrichtigen behördlichen Auskunft, denn mit der Erteilung der Baubewilligung gibt die Behörde indirekt Auskunft über eine bestimmte Rechtslage. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist aber eine unrichtige behördliche Auskunft, auf die der Bürger sich verlassen hat, bindend, wenn die Amtsstelle für die Auskunftserteilung zuständig war, der Bürger die Unrichtigkeit des Bescheides nicht ohne weiteres erkennen konnte und im Vertrauen auf die Auskunft eine nicht wieder rückgängig zu machende Disposition getroffen hat.[2] Nachdem öffentliche (bzw. zwingende öffentliche) Interessen den Widerruf der Baubewilligung erheischen, muss die Bewilligungsbehörde ihre an sich bindende Zusage brechen[3] und wird damit grundsätzlich schadenersatzpflichtig.

---

1) Vgl. Gueng, Zum Stand und den Entwicklungstendenzen im öffentlichen Entschädigungsrecht, in ZBl 69 (1968), S. 352, mit Verweisung auf Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 520.

2) BGE 91 I 136; 94 I 521; 96 I 15; Grisel, Droit administratif, S. 187 f.; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 290; Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, S. 223 ff., Bemerkungen zu Nr. 343.

3) Vgl. Gueng, Verbindlichkeit, S. 44 f.

8.3. "SINNGEMÄSSE ANWENDUNG" DER VORSCHRIFTEN ÜBER DIE MATERIELLE ENTEIGNUNG

Obwohl der eigentliche Entschädigungsgrund also nicht in einer Eigentumsbeschränkung in enteignungsähnlichem Ausmasse liegt, schreibt Art. 58 Abs. 2 lit. a BauG vor, die Entschädigung habe in sinngemässer Anwendung der Vorschriften über die materielle Enteignung zu erfolgen. Diese Verweisung hat offenbar nicht rechtstheoretische, sondern praktische Gründe: Im Vertrauen auf seine Baubewilligung hat der Bewilligungsempfänger Vermögensdispositionen getroffen, welche nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Mit Baubeginn hat er Vermögenswerte geschaffen, welche er durch den Widerruf verliert. Dadurch kann er in einer Weise, die so gravierend ist, dass sie einer Enteignung gleichkommt, in der vermeintlich rechtmässigen Ausübung seines Eigentums getroffen werden. Die Verweisung in Art. 58 Abs. 2 lit. a BauG meint also offenbar, dass man die Bestimmungen über die materielle Enteignung zur Beurteilung heranziehen solle, um der Schwere des Eingriffs gerecht zu werden. Aber auch wenn die Einschränkung dieser Eigentumsausübung nicht so tiefgreifend wäre, müsste in den Folgen des Widerrufs eine Art Sonderopfer des Geschädigten gesehen werden: Der Widerruf einer Baubewilligung nach Baubeginn wird nur mit grösster Zurückhaltung[1)] ausgesprochen, nämlich auch dann nicht unbedingt, wenn zwingende öffentliche Interessen es gebieten. Der Geschädigte hat damit im öffentlichen Interesse ein nur ihn belastendes Opfer zu erbringen, das ihm ohne Entschädigung nicht zugemutet werden könnte.

Für den Betroffenen birgt die Regelung von Art. 58 Abs. 2 lit. a BauG zudem einen grossen Vorteil: Er kommt beim Wi-

1) Vgl. Gueng, Verbindlichkeit, S. 45.

derruf nach Baubeginn in den Genuss einer vollständigen,[1] auch die Inkonvenienzen[2] umfassenden Entschädigung. Könnte der Geschädigte die Bestimmungen über die materielle Enteignung in der Entschädigungsfrage nicht heranziehen, wäre er aufgrund unserer Ausführungen gezwungen, seinen Entschädigungsanspruch mit der fehlerhaften Auskunft der Behörde zu begründen. Dabei müsste er den Staat zivilrechtlich zur Verantwortung ziehen[3] und gemäss der subsidiären Bestimmungen von Art. 38 ff. des Gesetzes über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung vom 7. Februar 1954 oder, falls sich der Anspruch gegen eine Gemeindebehörde richtete, gemäss Art. 37 ff. des Gemeindegesetzes vom 20. Mai 1973 vorgehen. Bis zum Inkrafttreten des Gemeindegesetzes musste er jedoch sowohl im Verfahren gegen den Staat wie die Gemeinde nachweisen, dass die Behörde nicht nur widerrechtlich, sondern auch schuldhaft[4] bzw. unsorgfältig[5] gehandelt hatte. Damit war er in einer bedeutend schlechteren Prozesslage, als wenn er die Kausalhaftung des Gemeinwesens in sinngemässer Anwendung der Vorschriften über die materielle Enteignung geltend machen konnte.

Seit Inkrafttreten des Gemeindegesetzes am 1. Januar 1974 hat sich die Situation der Gemeinde gegenüber insofern geändert, als nur bei Schaden aus falscher Auskunft Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Beamten nachgewiesen werden muss.[6] Für Schaden, den ein Gemeindebeamter bei der übrigen Ausübung seines Amtes verursacht, haftet das Gemeinwesen bereits beim Vorliegen blosser Widerrechtlichkeit. Die Beweislage

---

1) Art. 10 EntG.
2) Art. 13 Abs. 1 EntG.
3) Vgl. Art. 15 der Staatsverfassung des Kantons Bern.
4) Art. 38 Abs. 1 des Gesetzes über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung vom 7. Februar 1954.
5) Art. 39 Abs. 1 des Gesetzes über das Gemeindewesen vom 9. Dezember 1917.
6) Vgl. dazu und zum folgenden Art. 38 des Gemeindegesetzes vom 20. Mai 1973.

des Geschädigten hängt deshalb heute bei einer Schadenersatzforderung gegen die Gemeinde weitgehend von der Auslegung des Begriffs "Auskunft" ab.

8.3.1. Auswirkung der Bösgläubigkeit auf den Entschädigungsanspruch

Das Baugesetz berücksichtigt die Bösgläubigkeit des Bewilligungsempfängers, indem es den Widerruf nach Baubeginn dann entschädigungslos zulässt, wenn die Baubewilligung durch Irreführung der Behörde erwirkt wurde. Der Bewilligungsempfänger handelt ebenfalls - wenn auch ohne Irreführung der Behörde - bösgläubig, wenn er von der Widerrechtlichkeit der Baubewilligung wusste und den Widerruf voraussehen konnte. Er hat deshalb nicht mehr im Vertrauen auf die Bewilligung gehandelt. Es fehlt folglich an der Voraussetzung der Unvoraussehbarkeit des behördlichen Eingriffs, weshalb die Vorschriften über die materielle Enteignung keine sinngemässe Anwendung finden können.[1)]

Schlägt der Geschädigte in diesem Fall aber den zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsweg ein, wird sein eigenes Verschulden nach den Vorschriften über Ansprüche aus unerlaubter Handlung mitberücksichtigt. Dementsprechend kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.[2)]

---

1) Vgl. vorne S. 132.

2) Art. 42 Abs. 1 des Gesetzes über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung vom 7. Februar 1954 in Verbindung mit Art. 44 Abs. 1 OR.

8.4. ENTSCHÄDIGUNGSANSPRUCH BEIM WIDERRUF VOR BAUBEGINN

Art. 58 Abs. 2 lit. a BauG sieht eine Entschädigung nur nach Baubeginn vor. Dabei muss es sich der Definition des Baubeginns entsprechend um beträchtliche Vermögenswerte handeln. Unter Umständen können aber bereits vor Baubeginn beträchtliche Vermögensdispositionen getroffen werden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. So kann z.B. der Bewilligungsempfänger ein Grundstück erst aufgrund der Baubewilligung zu Baulandpreisen gekauft haben. Nachträglich wird festgestellt, dass das betreffende Grundstück ausserhalb der Bauzone liegt und die Baubewilligung wird widerrufen. Dies lässt zweifelhaft erscheinen, ob es richtig ist, eine Entschädigung nur beim Widerruf nach Baubeginn in Betracht zu ziehen. Wie dem auch sei, muss der Widerruf vor Baubeginn jedenfalls nicht entschädigungslos geduldet werden, da es dem Geschädigten immer freisteht, das Gemeinwesen zur Verantwortung zu ziehen für den Schaden, der ihm aus dessen widerrechtlicher Handlung entstanden ist.

Im Gegensatz zur bundesrechtlichen Regelung, welche Kausalhaftung vorsieht,[1] hat der Geschädigte aber nach kantonal-bernischem Recht das Verschulden der Behörde nachzuweisen.[2] Er ist somit nicht geschützt, wenn ihm der Schaden zwar rechtswidrig, aber nicht zugleich schuldhaft zugefügt wurde. Dadurch entsteht ein entschädigungsrechtlich unbewältigter Raum zwischen den schuldhaft-rechtswidrigen und den

---

1) Vgl. Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958.

2) Art. 38 Abs. 1 des Gesetzes über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung vom 7. Februar 1954.

rechtmässigen hoheitlichen Schadenszufügungen.[1)]

8.5. ENTSCHÄDIGUNG UND LASTENAUSGLEICH BEIM WIDERRUF EINER AUSNAHMEBEWILLIGUNG

Fällt mit dem Widerruf einer Ausnahmebewilligung auch die erhebliche Beeinträchtigung dahin, welche der Bewilligungsinhaber dem Nachbarn durch die Nutzung des Sondervorteils zugefügt hat, so wird auch der Lastenausgleich insofern hinfällig, als die Beeinträchtigung noch nicht eingetreten ist. Er muss entweder in diesem Umfange nicht mehr entrichtet oder, falls er bereits entrichtet wurde, zurückerstattet werden, da der Nachbar sonst ungerechtfertigt bereichert wäre.[2)]

Ist die Beeinträchtigung des Nachbarn bereits eingetreten[3)] und bleibt sie trotz des Widerrufs der Ausnahmebewilligung ganz oder teilweise bestehen, hat der Nachbar weiterhin Anspruch auf Lastenausgleich. Lastenausgleichspflichtig bleibt nach wie vor der Grundeigentümer bzw. der Baurechtsinhaber.[4)] Soweit dieser mit Widerruf der Ausnahmebewilligung auch seiner Sondervorteile verlustig geht, muss er für den vergeblich entrichteten Lastenausgleich im Rahmen von Art. 58 Abs. 2 lit. a BauG entschädigt werden.

---

1) Vgl. Gueng, in ZBl 69 (1968), S. 375.
2) Art. 62 Abs. 2 OR: Ungerechtfertigte Bereicherung wegen nachträglich weggefallenen Grundes.
3) Dies ist nur nach Baubeginn möglich.
4) Art. 51 Abs. 2 BauG.

9. Zum Widerruf des Gestaltungsplanes mit Sonderbauvorschriften

Raumpläne, welche Gesetzescharakter haben, können, sofern dies notwendig ist, grundsätzlich jederzeit nach den für die Gesetzeserlasse geltenden Regeln abgeändert oder aufgehoben werden.[1)]

Wie wir festgestellt haben, sind Gestaltungspläne und Sonderbauvorschriften ihrem materiellrechtlichen Gehalte nach als Verwaltungsakte zu behandeln.[2)] Entsprechend unterliegt auch ihr Widerruf den Regeln über den Widerruf von Verwaltungsakten. Fraglich bleibt allerdings, ob ihr Widerruf nach den für die Baubewilligung geltenden Vorschriften von Art. 58 BauG oder nach den allgemeinen Grundsätzen für den Widerruf von Verwaltungsakten zu erfolgen habe. Je nach dem können nur ursprünglich rechtswidrige oder auch nachträglich rechtswidrige Gestaltungspläne mit Sonderbauvorschriften überhaupt widerrufen werden.

9.1. ANWENDUNG VON ART. 58 BauG

In BGE 94 I 343[3)] greift das Bundesgericht zur Beurteilung der Aufhebung von "Gesamtüberbauungsplan" und "Spezialbauordnung" auf die allgemeinen Widerrufsgrundsätze, da das zürcherische Recht keine Bestimmungen darüber enthält, ob

1) Vgl. Zaugg, Kommentar, N. 28 der Einleitung, S. 31.
2) Vgl. vorne S. 16.
3) Ausführlich wiedergegeben in ZBl 72 (1971), S. 136 ff.

und unter welchen Voraussetzungen ein Verwaltungsakt wie der in Frage stehende abgeändert werden dürfe.

Ebenso wenig enthält das bernische Verwaltungsrecht eine gesetzliche Bestimmung, welche den Widerruf von Verwaltungsakten allgemein regelt. Würde es sich bei Art. 58 BauG um eine ausschliesslich auf die Baubewilligung zugeschnittene Spezialregelung zu einer allgemeinen Widerrufsvorschrift handeln, wäre seine Anwendung auf den Widerruf anderer Verwaltungsakte auszuschliessen. Dies ist jedoch mangels einer allgemeinen Widerrufsvorschrift nicht der Fall. Die analoge Anwendung auf den Widerruf von Verwaltungsakten, welche der Baubewilligung in materieller Hinsicht verwandt sind, kann deshalb grundsätzlich in Betracht gezogen werden.

Zaugg[1] vertritt denn auch die Auffassung, dass Sonderbauvorschriften zu einem Gestaltungsplan unter sinngemässer Anwendung von Art. 58 BauG zu widerrufen sind. Diese Ansicht scheint mir nicht nur in bezug auf die Sonderbauvorschriften, sondern auch auf den zugehörigen Gestaltungsplan richtig zu sein, da beide zusammen weitgehend den Charakter einer vorweggenommenen Baubewilligung aufweisen.[2] Dies sowohl in ihrer Wirkung nach aussen, Dritten gegenüber, als auch dem von Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften unmittelbar Betroffenen gegenüber. Da sie im Regelfalle konkret ein bestimmtes Bauprojekt betreffen und dieses im Rahmen des Gestaltungsplanes bewilligen, bedeuten sie für den Bauwilligen soviel wie eine grundsätzliche Baubewilligung: Das eigentliche Baubewilligungsverfahren dient schliesslich nur noch der Festlegung von mehr oder weniger wichtigen Einzelheiten. Es rechtfertigt sich deshalb, die Widerrufsvorschriften für die Baubewilligung analog auch auf den Widerruf des Gestaltungsplans

---

1) Kommentar, N. 2 zu Art. 38 BauG., S. 178.
2) Vgl. vorne S. 10.

mit Sonderbauvorschriften anzuwenden.

9.1.1. Widerruf aus Gründen ursprünglicher Rechtswidrigkeit

Die sinngemässe Anwendung von Art. 58 BauG auf den Widerruf von Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften bewirkt, dass diese grundsätzlich nur widerrufen werden können, wenn sie ursprünglich rechtswidrig sind. Sind sie es nicht, hätte dies praktische Unwiderruflichkeit zur Folge. So könnten sie jahrelang weiterbestehen, auch wenn gesetzliche Grundlagen wie Baureglement und Zonenplan sich geändert hätten und einen gleichen Gestaltungsplan nicht mehr zulassen würden. Ein solcher unerwünschter Zustand wurde bei der Baubewilligung durch die zeitliche Limitierung ihrer Wirkung verhindert.[1)] Beim Gestaltungsplan fehlt diese zeitliche Beschränkung. Diesem wesentlichen Unterschied in der Ausgestaltung der materiell verwandten Verwaltungsakte ist gebührend Rechnung zu tragen. Andernfalls bestünde, wie bei jeder analogen Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf andere Tatbestände, die Gefahr, dass die fraglichen Vorschriften zu direkt und unbesehen übernommen würden.

Es ist zu berücksichtigen, dass Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften nur deshalb und insoweit der Baubewilligung vergleichbar sind, als ihr Erlass eine grundsätzliche Bewilligung für ein bestimmtes Bauprojekt darstellt. Wie der Baubewilligung die Bauausführung, so hat auch dem Erlass der "grundsätzlichen Baubewilligung" innert angemessener Frist die Ausführung, d.h. die Einreichung des Baugesuches zu folgen. Diese kann bei Bauvorhaben, welche mehrere Bauten

---

1) Vgl. Art. 40 BewD.

umfassen, auch über längere Zeit gestaffelt erfolgen. Wird das Baugesuch nicht innert nützlicher Frist eingereicht, verlieren Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften zwar nicht ihre Gültigkeit, aber in dieser Hinsicht ihre Aehnlichkeit mit der Baubewilligung. Die analoge Anwendung von Art. 58 BauG ist deshalb nicht mehr möglich, weshalb die in Lehre und Rechtsprechung gebildeten Widerrufsregeln zur Anwendung gelangen müssen: Der Widerruf nach Ablauf einer zur Einreichung des Baugesuchs angemessenen Frist muss deshalb auch bei nachträglich eintretender Rechtswidrigkeit möglich sein.[1)]

9.1.2. Analoge Anwendung der Bestimmung über den Widerruf nach Baubeginn

Das Bundesgericht führt in seinem Entscheid betreffend Gesamtüberbauungsplan in Elgg[2)] aus, durch die Einreichung der detaillierten Bauprojekte bei der Baubewilligungsbehörde hätten die Beschwerdeführer nicht "bereits Gebrauch gemacht von der durch die neue Ordnung geschaffenen Möglichkeit". Wie bei der Baubewilligung trete die grundsätzliche Unwiderruflichkeit erst nach Beginn der Bauarbeiten ein.

Diese Ausführungen heben zwar hervor, dass auch das Bundesgericht eine enge materielle Verwandtschaft von Baubewilligung und Gestaltungsplan mit Sonderbauvorschriften erkennt, verraten aber auf der andern Seite eine gewisse Inkonsequenz: Meines Erachtens macht ein Bewilligungsempfänger Gebrauch, sobald er die durch die Bewilligung direkt erlaubten Schritte

---

1) Vgl. dazu auch vorne S. 65, insbesondere Anmerkung 3.
2) BGE 94 I 343.

unternimmt. Ist dies bei der Baubewilligung der Beginn der Bauarbeiten, so ist es beim Gestaltungsplan mit Sonderbauvorschriften die Ausarbeiten und Einreichung der eigentlichen Bauprojekte.

Der bundesgerichtlichen Erwägung kann aber dennoch insoweit gefolgt werden, als sich nicht jede Art von "Gebrauchmachen" auf den Widerruf einer Bewilligung massgeblich auswirkt, sondern nur jene, für welche "ins Gewicht fallende Geldmittel"[1)] aufgewendet worden sind.

Der Gestaltungsplan mit Sonderbauvorschriften zeitigt als "grundsätzliche Baubewilligung" eine Wirkung, welche weit über den direkt folgenden Schritt - die Ausarbeitung der Bauprojekte - hinausgeht. Der Bauwillige macht vom Gestaltungsplan nicht nur bei der Ausarbeitung und Einreichung der Baupläne Gebrauch, sondern auch bei der Ausführung der Bauprojekte. Diesem Umstand ist zur Abklärung der Frage, ob die aufgewendeten Geldmittel ins Gewicht fallen, deshalb Rechnung zu tragen, wie das Bundesgericht es im zitierten Entscheid auch implizite getan hat.

Dennoch ist festzuhalten, dass unter Umständen nicht erst mit Baubeginn in einer für den Widerruf von Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften relevanten Weise Gebrauch gemacht worden ist, sondern auch, wenn bereits für die Ausarbeitung der Bauprojekte ins Gewicht fallende Geldmittel aufgewendet wurden oder beispielsweise ein Grundstück erst aufgrund des Erlasses von Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften erworben wurde.[2)]

In diesem Sinne ist Art. 58 Abs. 2 BauG auf den Widerruf des Gestaltungsplanes und der zugehörigen Sonderbauvorschriften

---

1) Vgl. vorne S. 92.
2) Vgl. vorne S. 138.

anwendbar.

9.2. ZUSTÄNDIGE WIDERRUFSBEHÖRDE

Widerrufsbehörde ist - wie bei der Baubewilligung - jene Behörde, welche Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften erlassen, d.h. in letzter Instanz mit umfassender Kognitionsbefugnis ausgestattet sich materiell damit befasst hat. Normalerweise ist dies die Erlassbehörde selber, also Gemeindeversammlung, Grosser Gemeinderat oder Stadtrat.

Da jedoch Gestaltungsplan und Sonderbauvorschriften zur Erlangung der Rechtskraft von der Baudirektion genehmigt werden müssen,[1)] besteht auch die Möglichkeit, dass diese ihre Genehmigung widerruft und dem Erlass auf diese Weise seine Rechtswirksamkeit entzieht.

---

1) Art. 45 BauG.